Begriff und Wesen des Glücksspiels im deutschen Strafrecht

unter besonderer Berücksichtigung des gewerbsmässigen Glücksspiels (§ 284 StGB.)

INAUGURAL-DISSERTATION

VERFASST UND DER

HOHEN RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

DER

KGL. BAYER. JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT WÜRZBURG

ZUR

ERLANGUNG DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN DOKTORWÜRDE

vorgelegt von

Godehard Weiskam,
Gerichtsreferendar aus Berlin.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

BERLIN C. 54
HERMANN BLANKE'S BUCHDRUCKEREI
1912.

Referent: Professor Dr. Fr. Oetker.

Meinen Eltern und meiner Frau.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Kapitel: Der Begriff des Spieles im geltenden Recht 11
1. Allgemeines 11
2. Abgrenzung des Spieles von der Wette 13
II. Kapitel: Das Glücksspiel 21
1. Allgemeines 21
a. Zufall 21
b. Vermögenswert 30
2. Das Glücksspiel im engeren Sinne 35
III. Kapitel: Das gewerbsmässige Glücksspiel 37
1. Systematische Stellung des Vergehens 37
2. Der Tatbestand 39
3. Teilnahme am Vergehen 47
4. Bestrafung des gewerbsmässigen Glücksspiels 49
IV. Kapitel: Die Stellung des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch zum § 284 StGB. 50

Literaturverzeichnis.

(Die gesperrten Worte geben die Zitierweise an.)

Achilles-Greiff. Bürgerliches Gesetzbuch. Berlin 1906 V.

Begründung siehe Vorentwurf.

Berner. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Leipzig 1898 XVIII.

Beseler. System des gemeinen deutschen Privatrechts. Erste Abteilung. Berlin 1885 IV.

Binding. Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. I. Band. Leipzig 1902 II.

Binding. Grundriss des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil. Leipzig 1902 VI.

Binding. Die Normen und ihre Uebertretung. I. Band. Leipzig 1890 II.

Binding. Handbuch des Strafrechts. I. Band. Leipzig 1885.

Bluntschli. Deutsches Privatrecht. München 1864 III.

Bücher. Gewerbe in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften. IV. Band. Jena 1909 III.

Crome. System des deutschen bürgerlichen Rechts. II. Band. Tübingen und Leipzig 1902.

Dernburg. Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens. II. Halle a. S. 1904 ff.

Dernburg, Pandekten. II. Band. Berlin 1897 V.

Dochow. Zur Lehre von dem gewerbs- und gewohnheitsmässigen Verbrechen. Jena 1871.

Eck. Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches, herausgegeben von Leonhard. I. Band. 1903 I u. II.

Elster. Arbeit, in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften. I. Band. Jena 1909 III.

A. Elster. Spiel und Wette, in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften. VI. Band. Jena 1901 II.

Endemann. Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. I. Band. Berlin 1903 VIII.

Entscheidungen des Reichsgerichtes in Strafsachen. Leipzig.

Finger. Oesterreichisches Strafrecht. II. Band. Berlin 1910 II.

Finger. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. I. Band. Berlin 1904.

Frank. Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Tübingen 1908 V—VII.

Gerber. System des deutschen Privatrechts. Jena 1882 XIV.

Gerichtspraxis, Zeitschrift für . . . . und Rechtswissenschaft in Deutschland. Neue Folge. VI. Band. München 1877.
Geyer. Grundriss zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. II. Band. Leipzig 1884.
Glück. Ausführliche Erläuterungen der Pandekten. XI. Band. Erlangen 1809.
Goltdammer. Archiv für Strafrecht und Strafprozess. Begründet durch Dr. Goltdammer, herausgegeben von Prof. Dr. Kohler. Berlin.
Goltdammer. Materialien zum Strafgesetzbuche für die preussischen Staaten. Teil II. Berlin 1852.
Groos. Die Spiele der Menschen. Jena 1899.
Hälschner. Das gemeine deutsche Strafrecht. II. Band. Erste Abteilung. Bonn 1884.
Häussner. Lotterie und Ausspielung im heutigen Strafrecht Heidelberg 1906.
Hirschfeld. Ueber Wettrennen und Rennwetten. Bremen 1899.
Holzschuher. Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts. II. Band. Teil II. Leipzig 1847.
Kohler. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. II. Band. Teil I. Berlin 1906.
Kriegsmann. Das Glücksspiel in: Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil. VI. Band. Berlin 1907.
Krügelstein. Ueber den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette. Leipzig 1869.
Laband. Zur Literatur des Versicherungsrechts, in: Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. XIX. Band. Stuttgart 1874.
v. Lilienthal. Beiträge zur Lehre von den Collektivdelikten. Leipzig 1879.
v. Liszt. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin 1908 XVI. u. XVII.
v. Liszt. Gutachten über das Hydrasystem, in: Deutsche Juristenzeitung. VI. Band. Berlin 1901.
Löwenstein. Sachbeschädigung und Vermögensbeschädigung, in: Aschrott-Liszt. Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches. II. Band. Berlin 1910.
Majert. Spiel und Glücksspiel. Berlin 1904.
Matthias. Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. Berlin 1910 V.
Merkel. Die Eigentumsverletzungen, in: Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts. III. Band. Berlin 1874.
Merkel. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.
Meyer-Allfeld. Lehrbuch des deutschen Strafrechtes. Leipzig 1907 VI.
Mittermaier. Lehrbuch des deutschen Privatrechts. Landshut 1821.
Oertel. Die strafrechtliche Behandlung der Geldspielautomaten, in: Deutsche Juristenzeitung. XIV. Jahrgang. Berlin 1909.
Oertmann. Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1910 III.—IV.
Olshausen. Kommentar zum Strafgesetzbuch. Berlin 1909-1910 VIII.

Olshausen. Der Einfluss von Vorbestrafungen auf später zur Aburteilung kommende Straftaten. Berlin 1876.
Oppenhoff-Delius. Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Berlin 1901 XIV.
Philippovich. Grundriss der politischen Oekonomie. I. Band. Tübingen 1908 VII.
Puchta. Pandekten. Leipzig 1848 IV.
Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Sörgel. Hannover.
Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen. München und Leipzig.
Rönnberg. Das Reichs- und Landes-Lotterie- und sonstige Glücksspielstrafrecht. Rostock 1907.
Rüdorff-Stenglein. Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Berlin 1892 IV.
Sabath. Das Glücksspiel. Berlin 1905.
Schiffer. Zur Lehre vom Glücksspiel, in: Der Gerichtssaal. LI. Band. Stuttgart 1895.
Schönhardt. Alea. Stuttgart 1885.
Schollmeyer. Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im bürgerlichen Gesetzbuche Berlin 1904 II.
Schuster. Das Spiel; seine Entwicklung und Bedeutung im deutschen Recht. Wien 1878.
Schwarze. Kommentar zum Strafgesetzbuch. Leipzig 1884 V.
Seuffert. Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts. I. Band. Würzburg 1825.
Sieghart. Die öffentlichen Glücksspiele. Wien 1899.
Staudinger. Kommentar zum Bürgerlichen-Gesetzbuch. II. Band. München 1906 II.
Stenglein. Glücksspiel und Wette, in: Zeitschrift für die sogenannte Strafrechtswissenschaft. III. Band. Berlin, Leipzig 1883.
Stobbe. Handbuch des deutschen Privatrechts. III. Band. Berlin 1898 III.
Thibaut. System des Pandektenrechts. I. Band. Jena 1834 VIII.
Thöl. Das Handelsrecht. I. Band. Göttingen 1862 IV.
Thöl. Der Verkehr mit Staatspapieren. Göttingen 1835.
Thomsen. Das deutsche Strafrecht. Berlin 1906.
Türcke-Niedenführ. Das bürgerliche Recht. Leipzig 1900.
Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch sowie Begründung dazu. Berlin 1909. Letztere zitiert als Begründung.
Wilda. Die Lehre vom Spiel, in: Zeitschrift für deutsches Recht. VIII. Band. Leipzig und Tübingen.
Windscheid-Kipp. Lehrbuch des Pandektenrechtes. Frankfurt a. M. 1906 VIII.

I. Kapitel.

Der Begriff des Spieles im geltenden Recht.

I. Allgemeines.

Mit Arbeit bezeichnen wir eine auf ein äusseres Ziel gerichtete Tätigkeit. So sagt Elster:[1]) „Arbeit im weitesten Sinne ist jede einen äusseren Effekt auslösende Betätigung körperlicher oder geistiger Kraft.“ Dieser äussere, ausgelöste Effekt ist das auch nach der Zeit des Arbeitens bleibende, ist das charakteristische jeder Arbeit. Arbeit liegt also stets dann vor, wenn der durch sie verursachte Erfolg über den Tätigen hinauswirkt. Die Arbeit in diesem Sinne ist das schöpferische Element der Produktion, der unentbehrliche Träger der Fortschritte in der Güterversorgung der Menschheit.[2]) Wird sie von einem Menschen ausgeübt, um den menschlichen Bedarf an Gütern zu decken, sei es direkt, oder im Wege der Verwertung, des Erwerbes, so sprechen wir von wirtschaftlicher Arbeit, indem wir mit wirtschaftlich jede planvolle auf die Versorgung der Menschen mit Gütern geistiger oder materieller Art gerichtete Tätigkeit bezeichnen. Dem Spiel fehlt dieser über den Tätigen hinauswirkende Erfolg, fehlt oft eine planvolle Tätigkeit, es entbehrt immer jeglicher Wirtschaftlichkeit in dem genannten Sinne. So sagen wir vom tätigen Kinde: es spielt, eben weil durch sein Tun der Gesellschaft keine Werte zugeführt werden, so nennen wir die Tätigkeit des Erwachsenen Spiel, wenn wir darin nicht eine planvolle, nicht nur dem einzelnen, sondern auch der Gesamtheit nützliche Tätigkeit erblicken können. Spiel ist mithin jede nicht wirtschaftliche Tätigkeit, steht also im Gegensatz zu ihr.[3])

---

[1]) Elster, S. 573.
[2]) Vgl. Philippovich, S. 122.
[3]) Vgl. v. Liszt, Gutachten, S. 196.

Damit ist aber nicht gesagt, dass das Spiel deswegen zu verwerfen ist. Es kann dahin gestellt bleiben, ob Sieghart's Ansicht, dass das Glücksspiel eine imitatio naturae sei,[4]) richtig ist; jedenfalls ist sicher, dass das Spiel als Erholungsfaktor, als Mittel der Erhaltung der Volksgesundheit für alle Altersklassen eine bedeutsame Rolle spielt, so dass nichts falscher wäre, als es wegen seiner Unwirtschaftlichkeit schlechthin zu verachten.

Das Strafgesetzbuch behandelt nun nicht das Spiel, sondern das Glücksspiel. Ehe wir auf diesen Begriff eingehen, ist zu untersuchen, ob der allgemeine Begriff des Spieles, den wir oben gewonnen haben, auch der des geltenden Rechtes ist. Dabei ist vom bürgerlichen Recht auszugehen. Das bürgerliche Gesetzbuch behandelt das Spiel unter Gleichstellung mit der Wette im § 762, also unter den Schuldverhältnissen. Ein Schuldverhältnis setzt begrifflich mindestens zwei Personen gemäss § 241 BGB. voraus sowie die Verpflichtung zu einer Leistung. Für das Recht kommen mithin nur solche Spiele in Betracht, an denen mehrere Personen teilnehmen und bei denen Gegenstand des Vertrages eine Leistung ist. Und zwar ist, wie Leonhardt[5]) betont, für diese Leistung charakteristisch, dass sie eine Zusicherung ungewisser Vorteile ist, die nicht einen Entgelt für eine Gegenleistung darstellen, auch nicht bloss eine bedingte Schenkung enthalten. Es findet, wie Endemann[6]) sagt, eine absolute Vermögensverschiebung um des Spieles willen statt. Die Leistung selbst muss einen Vermögenswert haben, denn „als Kennzeichen eines Schuldverhältnisses dient, dass sein Inhalt auf ein Vermögensinteresse, auf geldwerte Güter gerichtet sei.“[7]) Es sind also reine Unterhaltungsspiele für das Recht völlig irrelevant, sie sind keine Rechtsgeschäfte. Welche der Parteien, beziehungsweise, wenn nur eine der Parteien leisten soll, ob diese zu leisten hat, soll durch das Spiel entschieden werden, insofern ist die Vermögensverschiebung abhängig von dem ungewissen Umstand, wer gewinnen oder verlieren wird. Danach gehört der Spielvertrag seiner formalen juristischen Konstruktion nach zu den im BGB. nicht als besondere Gruppe

---

[4]) Sieghart, S. 704.
[5]) Eck, S. 564.
[6]) Endemann, S. 1172.
[7]) Ibid, S. 626.

erwähnten aleatorischen Verträgen. Wesentlich ist mithin für das Spiel im rechtlichen Sinne, dass die Leistung, die eine Partei von der anderen auf Grund des geschlossenen Spielvertrages zu fordern hat, beziehungsweise an die andere zu entrichten hat, abhängig ist von dem Eintritt eines ungewissen Umstandes. Die Motive, die die Veranlassung zum Spiel geben, können verschiedener Art sein: das Spiel kann getätigt werden lediglich zum Vergnügen, sei es zur Unterhaltung, sei es aus reiner Freude am Wagen, dem „Reiz der Gefahr", wie bei den alten Germanen;[8]) es kann ferner veranlasst sein lediglich durch Gewinnsucht. Die Entscheidung selbst kann abhängig gemacht sein vom Zufall oder von dem Ausfalle und Erfolge eigener oder fremder Tätigkeit.[9])

Es ist mithin das Spiel im rechtlichen Sinne zunächst zu definieren als ein Vertrag zweier oder mehrerer Personen, bei dem eine Vermögensverschiebung sowie deren Höhe von einem ungewissen Ereignis abhängig gemacht wird, ohne dass dies wirtschaftlich gerechtfertigt wäre.[10])

2. Abgrenzung des Spieles von der Wette.

Der aufgestellten Definition des Spieles steht entgegen, dass sie auch die Wette in sich schliesst; dies hätte nur dann kein Bedenken, wenn Spiel und Wette für das Recht identische Begriffe sind. Dies ist zu untersuchen.

Sicherlich wird nach dem im Eingange der Arbeit Gesagten auch die Wette wegen ihres nichtwirtschaftlichen Charakters als Spiel im allgemeinen Sinne anzusehen sein. Da sie nun im heutigen Civilrecht dem Spiel im System und in ihrer Wirkung gleichgestellt ist, gilt auch von ihr, dass sie rechtlich relevant nur ist, wenn sie eine Leistung zum Gegenstande hat. Auch der Wette ist die Schöpfung einer Gefahr ohne wirtschaftliche Rechtfertigung charakteristisch. Auch bei der Wette hängt die

---

[8]) Schuster, S. 30.

[9]) Matthias, S. 358—359.

[10]) Letzteren Punkt betont Kohler, S. 308—309 sehr scharf: beim Spiel erfolge „abseits jeder fruchtbaren menschlichen Zwecke" die Schöpfung einer Gefahr ohne wirtschaftliche Rechtfertigung.

Entscheidung über Gewinn und Verlust von einem — mindestens subjektiv — ungewissen Ereignis ab. Damit ist aber die rechtliche Identität von Spiel und Wette keineswegs bewiesen. Die Frage ist dahin zu stellen, ob nicht die Wette ein Kriterium in sich trägt, das zwingt, sie als ein besonderes aleatorisches Geschäft aufzufassen.

Ueber diese Frage ist in der Wissenschaft ein lebhafter Streit geführt worden,[11]) ohne dass bisher eine Einigung erzielt ist. Drei Gruppen lassen sich scharf scheiden:

Die eine Gruppe wird von den Juristen gebildet, die Spiel und Wette nach äusseren Kriterien begrenzen wollen. Ihre Anhänger sehen das unterscheidende Merkmal in der Tätigkeit der Parteien, die beim Spiel, nicht bei der Wette vorhanden sei. Aufgestellt ist die Theorie zuerst von Thöl, der es als dem Spiel charakteristisch betrachtet, „dass die Kontrahenten den Ausgang des Vertrages durch ihre Tätigkeit verabredetermassen herbeiführen.“[12]) Ein Anhänger dieser Meinung ist Holzschuher, der allerdings betont, dass „die Wette notwendig einen voraufgehenden Meinungsstreit voraussetzte“, der allerdings auch beim Spiel vorkommen könne,[13]) den wahren Unterschied aber darin sieht, dass „zum Spiel doch immer . . . . eine unmittelbare Tätigkeit der Interessenten erforderlich ist.“[14]) Derselben Ansicht ist Seuffert.[15]) Beseler nimmt ebenfalls dieses Unterscheidungsmerkmal an, verkennt aber nicht, dass „dieser Gegensatz ein rein äusserlicher, ohne das Wesen der Verhältnisse irgendwie zu treffen, und daher nicht geeignet ist, zur Grundlage einer wissenschaftlichen Begriffsbestimmung zu dienen.“[16]) Gerber sieht ebenfalls das unterscheidende Moment in der Tätigkeit, stellt es aber als gleichgültig hin, „von wem diese Tätigkeit vorzunehmen sei, ob von den Parteien persönlich oder hierzu beauftragten Dritten.“[17])

---

[11]) Vgl. die Zusammenstellung bei Windscheid-Kipp, S. 798.

[12]) Thöl, S. 560, sowie Thöl, Staatspapiere, wo er S. 260 ff. eine ausführliche Begründung gibt.

[13]) Hierauf basiert wohl Krügelsteins Ansicht (siehe weiter unten).

[14]) Holzschuher, S. 851.

[15]) Seuffert, S. 238—239.

[16]) Beseler, S. 534.

[17]) Gerber, S. 524.

Die Ansicht ist zu verwerfen. Es giebt eine grosse Reihe von Spielen, bei denen sich der Spieler jeder Tätigkeit enthält, oder eine solche völlig unabhängig von ihm geleistet wird, wie dies bei Rouge et Noir z. B. der Fall ist. Andererseits wird es jeder als Wette bezeichnen, wenn mehrere Personen darüber streiten, wer von ihnen am schnellsten stenographische Schrift schreiben kann, sich nun sofort hinsetzen und schreiben und so die Entscheidung herbeiführen. Dazu kommt, und dies ist vor allem Gerber gegenüber zu betonen, dass diese Ansicht, wie das Reichsgericht mit Recht hervorhebt, sich nicht zur juristischen Definition eigene, da sie, „lediglich ausgehend von dem eigentlichen, wirklichen Spiele, die Umwandlungen verkennt, welche dasselbe in der jetzigen Gestaltung als Glücks- oder Hazardspiel erlitten hat und die Tatsache ausser Betracht lässt, dass die solches Spiele Treibenden fortwährend neue Formen und Regeln sich schaffen, welche überall nur beherrscht werden von der Frage der Entscheidung über Gewinn und Verlust, die Mittel aber, durch welche diese Entscheidung herbeigeführt wird, ebensowohl aus dem Reiche der phänomenalen Erscheinungen, als aus dem Gebiete der menschlichen Tätigkeit oder der Tätigkeit anderer lebender Wesen entnehmen können.“[18]) Auch Krügelsteins Ansicht, dass essentiale des Spiels Tätigkeit, accidentale Meinungsstreit, essentiale der Wette Meinungsstreit, accidentale Tätigkeit sei,[19]) ist nicht brauchbar, denn sobald man sie auf Fälle, die dem angeführten des stenographischens Wettschreibens gleichen, aber weniger scharf ausgeprägt sind, anwendet, vermag man nicht zu sagen, was essentiale, was accidentale ist. Es sind daher alle in der Wissenschaft gemachten Versuche, ein äusseres Unterscheidungsmerkmal aufzustellen und als solches die Tatsache zu bestimmen, dass beim Spiel, im Gegensatz zur Wette, jeder der Kontrahenten oder doch wenigstens einer von ihnen zur Herbeiführung des die Entscheidung bedingenden Erfolges nach gewissen vorher festgesetzten Regeln mitgewirkt haben müsse, als verfehlt zu bezeichnen.

---

[18]) Entscheid. VI, S. 175.

[19]) Krügelstein, S. 61.

Eine zweite Gruppe erklärt, dass zwischen Spiel und Wette überhaupt kein Unterschied zu machen sei. Umfassend hat Stenglein diese Ansicht begründet. Er gelangt zu folgendem Resultat:

„1. Zwischen Spiel und Wette besteht kein begrifflicher Unterschied. 2. Ein solcher besteht nur zwischen einem auf Berechnung, Urteil oder Geschicklichkeit (Leistungsfähigkeit) beruhenden Spiel oder Wetten.[20]) Geyer[21]) steht ebenfalls auf diesem Standpunkt, ferner Laband[22]) und Puchta.[23]) Neuerdings hat sich Kriegsmann dieser Theorie angeschlossen.[24]) Er benutzt neben anderen Argumenten das für seine Ansicht, dass die Zuteilung des Namens Spiel und Wette an gewisse Geschäfte lediglich auf einer Laune der Sprache beruhe. Indes ist nicht einzusehen, inwieweit diese Behauptung, selbst wenn sie, was Kriegsmann nicht dartut, richtig ist, geeignet ist, seine Ansicht zu stützen. Denn das Recht entnimmt zwar selbstverständlich die Begriffe der Sprache, legt ihnen aber für seine Zwecke eine besondere Bedeutung bei, die sie im täglichen Leben nicht immer haben. Vor allem aber spricht gegen die Identitätstheorie, dass im früheren Recht unstreitig ein Gegensatz zwischen Spiel und Wette vorhanden gewesen ist, wie sich an der verschiedenen Behandlung zeigt. So waren in Rom Spiele verboten, aber Wetten erlaubt und klagbar.[25]) Dazu kommt, dass der Tatbestand bei der Wette ein so ganz anders gearteter wie beim Spiel ist. Es ist doch ganz anders zu bewerten, ob A. sich verpflichtet, dem B. 50 Mk. für den Fall zu zahlen, falls er nicht schneller wie dieser schreibt und umgekehrt, in welchem Fall also die Kontrahenten zu Geldopfern bereit sind, um zu dokumentieren, wie sehr jeder von ihnen von der Richtigkeit seiner Behauptung überzeugt ist, als wenn einer lediglich vom andern eine Summe Geldes gewinnen will. Es kann daher der Identitätstheorie nicht beigepflichtet werden.

---

[20]) Stenglein, S. 143.
[21]) Geyer, S. 72.
[22]) Laband, S. 639.
[23]) Puchta, S. 358.
[24]) Kriegsmann, S. 387.
[25]) Dernburg, Pandekten S. 288. — Vgl. auch z. B. Dig. de aleat. 11,5; ALR. I, 11, §§ 579 ff. Codex Maximilianeus Bavaricus IV, 12

Die dritte Gruppe betont ein subjektives Kriterium, indem sie auf die Motive der Beteiligten abstellt: die Absicht der Parteien, entweder eine Behauptung zu erhärten — so bei der Wette —, oder sich zu vergnügen oder Geld zu gewinnen — so beim Spiel — ist das entscheidende. Ihr erster Vertreter ist wohl Wilda, der eine Wette dann als vorliegend annimmt, „wenn die Wettenden widerstreitende Behauptungen aufstellen und ihre entgegengesetzte Ueberzeugung dadurch bewähren, dass jeder von ihnen einen Vermögensnachteil zu erleiden sich verpflichtet, wenn seine Behauptung sich als unrichtig erweisen sollte."[26]) Von Civilisten sei noch Windscheid genannt, der als Spiele im engeren Sinne solche bezeichnet, „bei denen der Ausfall von einer von den Parteien zum Zweck der Unterhaltung vorgenommenen Tätigkeit abhängt,"[27]) aber dahin auch diejenigen rechnet, bei denen es sich um das Sein oder Nichtsein, Eintreten oder Nichteintreten irgend einer anderen Tatsache, welche die Parteien lediglich zur Entscheidung über Gewinn und Verlust benutzen, handelt. Weitere Anhänger sind Bluntschli,[28]) Crome,[29]) Dernburg,[30]) Eck,[31]) Glück,[32]) Kohler,[33]) Mittermaier,[34]) Oertmann,[35]) Staudinger,[36]) Thibaut.[37]) Auch Stobbe wird hierher zu rechnen sein, denn wenn er auch Spiel und Wette nicht für kontradiktorische Gegensätze hält, so erkennt er doch an, dass „der Unterschied zwischen den beiden Geschäften in Zwecke liegt, den die Parteien verfolgen.[38]) Schollmeyer steht ebenfalls auf diesem Standpunkt, verlangt aber für die Wette, dass die Behauptung sich auf die Gegenwart oder Vergangenheit bezieht und sieht sie als Spiel an,

[26]) Wilda, S. 211.
[27]) Windscheid-Kipp, S. 800.
[28]) Bluntschli, S. 211.
[29]) Crome, S. 830.
[30]) Dernburg, Pandekten S. 288.
[31]) Eck, S. 564.
[32]) Glück, S. 340.
[33]) Kohler, S. 309.
[34]) Mittermaier, S. 213.
[35]) Oertmann, Vorbem. 1 zum 17. Titel.
[36]) Staudinger, S. 687/8.
[37]) Thibaut, S. 112.
[38]) Stobbe, S. 421.

wenn sie sich auf die Zukunft bezieht.[39]) Unter den Kriminalisten sieht auch Olshausen lediglich den Unterschied in dem inneren Momente begründet, ob die Parteien einen Meinungskampf entschieden sehen wollen oder nicht.[40]) Aehnlich ist der Standpunkt Bindings,[41]) im wesentlichen auch der Hälschners[42]) und Rönnbergs.[43])

Diese Ansicht — man kann sie als Intentionstheorie bezeichnen — ist die heute herrschende. In der Tat ist es ihr gelungen, ein brauchbares Merkmal der Unterscheidung aufzustellen. Kriegsmann glaubt, mit folgenden Argumenten diese Ansicht bekämpfen zu können: Lässt sich das Spiel als Meinungsstreit konstruieren, — die äussere Konkstruktion kommt nach der Intentionstheorie überhaupt nicht in Betracht — so sei es begrifflich keineswegs ausgeschlossen, dass im Einzelfalle die Parteien das Spiel lediglich zum Zwecke der Behauptungsbewährung durchführen; es sei nicht einzusehen, weshalb etwa eine Schachpartie nicht ausschliesslich zu dem Zwecke solle gespielt werden können, die Behauptung des Spielers, dem Gegner überlegen zu sein, zu erhärten.[44]) Dies ist aber keine Widerlegung, denn der dann vorliegende Vertrag ist eben eine Wette, und das Schachspiel ist lediglich das Mittel zu dem Zweck, eine Entscheidung über die gegenteiligen Behauptungen — auf die allein das Interesse der Parteien sich konzentriert — herbeizuführen. Sodann sucht er die Intentionstheorie damit zu widerlegen, dass sie vom Sprachgebrauche abwiche: Es ist bereits betont worden, dass diesem Argument keine Beweiskraft inne wohnt. Dabei gerät Kriegsmann selbst in diesen an der herrschenden Ansicht von ihm gerügten Fehler, indem er Spiel und Wette identiziert. Es ist ein besonderer Vorzug der herrschenden Theorie, dass sie den wirklichen Vorgängen gerecht zu werden vermag. Der äussere

---

[39]) Schollmeyer, S. 166—167 — Achilles-Greiff leugnen dies — mit Recht, denn Berechnungen für die Zukunft sind dem Kenner der betreffenden Verhältnisse in vieler Beziehung mit allergrösster Wahrscheinlichkeit möglich.

[40]) Olshausen, S. 1176.

[41]) Binding, S. 407.

[42]) Hälschner, S. 444.

[43]) Rönnberg, S. 74.

[44]) Kriegsmann, S. 387.

Tatbestand ist ohne jeden Einfluss auf die juristische Bewertung. Man denke an folgenden Fall: A spricht auf Grund seiner vorzüglichen Kenntnis der Pferde und der Fähigkeiten der Reiter bei einem Pferderennen dem Pferde a den Sieg ab und verspricht für den Fall, dass a trotzdem siegt, dem B 100 Mk. zu zahlen. B, ohne eigene Meinung, sichert dem A, in der Hoffnung, einen ansehnlichen Gewinn zu machen, ebenfalls 100 Mk. für den Fall zu, dass a nicht siegt, sofern A die von ihm zu zahlende Summe auf 1000 Mk. erhöht. A warnt B vergebens und geht, um seinen Ernst zu zeigen, auf B's Bedingung ein. Dann ist derselbe Vertrag für A eine Wette, für B ein Spiel. Es kann auch bei der Wette ein Gewinn beziehungsweise ein Verlust in Aussicht stehen, ja es interessieren aus bereits erwähnten Gründen nur derartige Wetten rechtlich, indes das Augenmerk ist darauf zu richten, ob lediglich „das ideelle Interesse an der Bewahrheitung einer aufgestellten Behauptung" Anlass zum Abschluss des Vertrages gab. Der Gewinn ist bei der Wette mithin nur ein Symbol für dieses Interesse, für den Ernst der Behauptung.

Auch das Reichsgericht steht auf dem Boden der subjektiven Theorie: „Es ist das Unterscheidungsmerkmal ausschliesslich in dem Vertragswillen der Kontrahenten und in dem Sinne zu suchen, in welchem sie den Vertrag vereinbart haben. Hiernach ist das Wesentliche der Wette, dass mehrere Personen, welche entgegengesetzte Behauptungen aufgestellt haben, sich dahin vereinigen, dass derjenige, dessen Behauptung sich als eine irrige erweisen würde, zu einer bestimmten Leistung verpflichtet sein solle. Das Charakteristische ist das Interesse, welches jede von ihnen an der Bewährung der ihrerseits aufgestellten Meinung nimmt. Als ein Siegespreis für das Rechthaben soll das Versprochene oder Eingesetzte demjenigen von den Kontrahenten zufallen, dessen Behauptung sich als die richtige erwiesen hat, und der Unterliegende unterwirft sich im Voraus dem Verluste als Strafe für das Nichtrichtigwissen, das Nichtrechthaben. Bei der Wette . . . ist also der Gewinn nicht Selbstzweck, sondern nur ein äusseres Zeichen für ein anderes, welches die Kontrahenten im Auge gehabt haben."[15])

---

[15]) Entscheid. VI, S. 175, VII, S. 21; Entscheid. Civils. LXI, S. 153.

So definieren wir denn das Spiel im engeren Sinne als einen Vertrag, bei dem die Absicht der Parteien nicht lediglich auf die Erhärtung einer Behauptung,[46]) sondern auf die Verschiebung von Vermögenswerten gerichtet ist, die von einem ungewissen Ereignis abhängig gemacht wird, ohne dass dies wirtschaftlich gerechtfertigt ist.[47])

Den so auf der Grundlage des bürgerlichen Rechts gewonnenen rechtlichen Begriff des Spiels auch als für das Strafrecht geltend anzunehmen, unterliegt umso weniger Bedenken, als die Stellung des Spielvertrages im System durch das BGB. dem früheren Recht gegenüber nicht geändert ist. Auch in der strafrechtlichen Literatur aufgestellte Definitionen gleichen der unsrigen. So sagt z. B. Frank: „Zum Begriff des Spieles, soweit es sich dabei um die Leistung von Vermögenswerten handelt, gehört, dass Gewinn und Verlust der Parteien von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig gemacht wird.“ Auch fordere man, dass die im Vertragsschluss liegende Vermögensgefährdung (bewusstermassen) nicht durch die normalen wirtschaftlichen Faktoren gerechtfertigt wird.[48]) So definiert auch der II. Strafsenat des Reichsgerichts das Spiel als einen Vertrag, „kraft dessen die Parteien, sei es zum Zwecke der Unterhaltung, sei es aus Lust am Wagen, sei es aus Gewinnsucht, unter einer Bedingung, deren Eintritt oder Nichteintritt entweder von einer von den Parteien vorgenommenen Tätigkeit oder von anderen, zufälligen Umständen abhängt, sich der Möglichkeit eines Verlustes unterwerfen, um für den ent-

[46]) Dann läge eine Wette vor.

[47]) Schwer wird freilich immer die Entscheidung sein, ob ein aleatorisches Geschäft, z. B. eine kaufmännische Spekulation unter den Begriff des Spieles fällt oder nicht. Wir sehen das entscheidende Kriterium in Uebereinstimmung mit Kriegsmann — S. 383 — darin, dass es darauf ankommt, ob zwischen dem die Vermögensverschiebung bestimmenden Ereignis und der wirtschaftlichen Lage der Kontrahenten eine Beziehung besteht, die gerade diese Vermögensverschiebung als wirtschaftlich notwendig oder zweckmässig rechtfertigt. Damit sind alle die Geschäfte Spiele zu nennen, bei denen die Vermögensverschiebung von einem rein zufälligen Ereignis abhängig gemacht wird, auch dann, wenn das Geschäft vom Standpunkt des Unternehmers aus geschäftlicher Natur ist.

[48]) Frank, S. 476.

gegengesetzten Fall eine Leistung des Gegners zu erlangen."[49]) Allerdings ist in dieser Definition nicht die Nichtwirtschaftlichkeit betont; indes wir haben gesehen, dass dieses Moment nicht dem absoluten Spielbegriff eigentümlich ist. Und dass eine Vermögensverschiebung, ein Vermögenswert auch für den Begriff des Spieles im strafrechtlichen Sinne erforderlich ist, erscheint selbstverständlich nach dem Gesagten. Anders wäre auch garnicht das Interesse des Strafrechts am Spiel zu erklären. Denn wenn auch das Bestehen eines übermässig starken Spieltriebes lediglich zu Unterhaltungszwecken in einer Bevölkerung zu einer Abkehr von ernster Arbeit und damit zu einer Gefährdung des Staates zu führen vermag, so ist doch in praxi die Wahrscheinlichkeit dafür — speziell bei dem heutigen intensiven Wirtschaftsleben der Kulturvölker — eine so geringe, dass sie überhaupt nicht ins Gewicht fällt. Dagegen wüchse diese Wahrscheinlichkeit, wenn auch jedes Spiel um Vermögenswerte vom Recht unbeachtet gelassen würde. Denn die Spielleidenschaft empfängt aus der Möglichkeit, Vermögenswerte zu gewinnen, ihren schärfsten Anreiz.[50]) Es besteht dann die dringende Gefahr, dass weite Kreise von ihr beherrscht werden, und diese „Intensität der Gefahr bildet auf dem Gebiete des Strafrechts das ausschlaggebende legislative Motiv.[51])

II. Kapitel.

Das Glücksspiel.

I. Allgemeines.

a. Zufall.

Das Glücksspiel ist jene Abart des Spieles, bei der das Glück, wie ja das Wort selbst zeigt, einen besonderen Einfluss hat. Wir werden daher im folgenden zu untersuchen haben, einmal was unter Glück zu verstehen ist, sodann in welcher Weise sich das Glück äussern muss, um ein Spiel zu einem Glücksspiel im strafrechtlichen Sinne zu machen.

[49]) Entscheid. VII, S. 26; XV, S. 278.
[50]) Vgl. Groos, S. 266 ff.
[51]) Kriegsmann, S. 379.

Wenn wir vom Glück eines Menschen sprechen, so bezeichnen wir damit Vorgänge, die nicht durch gewollte Massnahmen dieses Menschen ausgelöst sind, beziehungsweise von diesem Menschen im Voraus berechnet waren, sondern unabhängig davon eingetroffen sind. So ist also das Glücksspiel ein Spiel, dessen Ausgang sich völlig oder doch vorwiegend jeder Berechnung des Spielenden entzieht, mithin vom Zufall abhängt.[1]) Nun gibt es allerdings keinen Zufall im objektiven Sinn, aber wir gebrauchen hier dieses Wort im Sinne des täglichen Lebens und bezeichnen als zufällig jedes Ereignis, dessen Eintrittsursache wir nicht kennen. Es ist also der Zufall etwas Unberechenbares, d. h. diejenigen Faktoren, die wir entweder nicht kennen oder doch nicht zu beherrschen vermögen."[2]) Auch nach Ansicht des Reichsgerichts besteht das Wesen des Zufalls in dem Mangel der Erkennbarkeit der einem Ereignisse zu Grunde liegenden Kausalität. Objektiv gibt es keinen Zufall; jedes Ereignis hat einen zureichenden Grund, ist die notwendige Wirkung der vorangegangenen Ursache; ein Zufall besteht nur subjektiv (für den Beobachter) in der Unberechenbarkeit des Erfolges."[3]) Mithin haben für das Strafrecht alle Spiele ausser Betracht zu bleiben, bei denen die Geschicklichkeit der Spieler, ihre geistigen oder körperlichen Kräfte, für den Ausgang entscheidend sind. Der Schachspieler z. B., der seine Tage in den Cafés zubringt, dort um hohe Einsätze spielt und so seinen Lebensunterhalt erwirbt, fällt nie unter den Begriff des gewerbsmässigen Glücksspielers, mag auch seine Lebensführung durchaus als antisozial bezeichnet werden können. Auch die sonstigen Brettspiele, sowie sportliche Spiele jeder Art: Fussball, Tennis, Wettlaufen, Radrennen, Pferderennen, sind nicht hierher zu rechnen.

---

[1]) So im wesentlichen die allgemeine Ansicht; vgl.: Berner, S. 616 — Binding, S. 405 — Frank, S. 477 — Finger, S. 326 — Hälschner, S. 443 — Kriegsmann, S. 394 — v. Liszt, S. 481 — Merkel, S. 828 — Meyer-Allfeld, S. 504 — Oppenhoff, S. 762 — Olshausen, S. 1176 — Schwarze, S. 833 — Thomsen, S. 423 — sowie mehrfach das Reichsgericht.

[2]) v. Liszt, Gutachten S. 196.

[3]) Entscheid. XXVII, S. 95, XXXIV, S. 143.

Nun ist ja sicher, dass auch bei diesen Spielen — namentlich bei den sportlichen Spielen tritt dies häufig offen zu Tage — der Zufall eine Rolle spielt; es gibt also kein reines Geschicklichkeitsspiel, dem Zufall wird stets irgendwelche Bedeutung zukommen.[1]) Bei der Entscheidung, ob ein Spiel als Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel anzusehen ist, ist also stets zu untersuchen, welcher Faktor der Ausschlaggebende für den Ausgang des Spieles ist. Wird selbst festgestellt, dass eine äusserst sichere Berechnung möglich ist, dass der die erforderlichen Kenntnisse oder Fähigkeiten habende Spieler stets den Ausgang des Spieles bestimmen kann, so ist aber doch im konkreten Falle denkbar, dass das Spiel als Glücksspiel zu bezeichnen ist, nämlich dann, wenn es im Durchschnitt von einem Publikum betrieben wird, dem erfahrungsgemäss diese Geschicklichkeit fehlt. Denn dieses Publikum vermag den Ausgang nicht zu berechnen, vielmehr entscheidet ihm gegenüber vorwiegend der Zufall, es ist mithin für dieses ein Glücksspiel geworden. Dasselbe Spiel kann also je nach der Veranlagung der jedesmal beteiligten Spieler bald ein Geschicklichkeitsspiel, bald ein Glücksspiel genannt werden. Innerhalb derselben Veranstaltung aber — sie liegt unter anderm dann vor, wenn die Offerte zu einem Spiel an einen unbestimmten Personenkreis gerichtet ist, auch wenn die jeweils Spielenden wechseln, denn die Offerte bleibt dieselbe — ist ein Spiel entweder Geschicklichkeits- oder Glücksspiel. So sagt auch das Reichsgericht: „Ein Spiel kann unter denselben Verhältnissen, unter denen es gespielt wird, nicht beides zugleich sein.“[5]) Innerhalb der einzelnen Veranstaltung entscheidet also die durchschnittliche Fähigkeit der insgesamt daran beteiligten Personen, der einzelne Spieler wirkt nicht bestimmend, so dass also auch Spiele, die Geschicklichkeitsspiele sind und nur von geübten Spielern in der Regel getrieben werden,

---

[1]) Beim Schachspiel können schnell vorübergehende gesundheitliche Störungen oder plötzliche seelische Erregungen den Ausgang des Spieles zu einem in Anbetracht der Fähigkeiten der Spielenden recht seltsamen machen.

[5]) Entscheid. XLI., S. 221.

diesen Charakter verlieren, wenn überwiegend Ungeübte sich daran beteiligen. Auf diesem Standpunkt steht auch das Reichsgericht, wie neben anderen aus einem Urteil über Ringwerfen erhellt. Zu einem erfolgreichen Ringwurf gehört eine so aussergewöhnliche Geschicklichkeit, wie sie bei dem spielenden Publikum regelmässig nicht vorhanden ist. „Denn mag es immerhin der Fall sein, dass der eine oder der andere der Spielenden die erforderliche Geschicklichkeit besitzt, um mit einiger Zuverlässigkeit auf einen Gewinn rechnen zu dürfen, so kommt es doch lediglich auf den allgemeinen Charakter des Spieles an, welchen es unter den gegebenen Verhältnissen, unter welchen es gespielt wird, besitzt, und es kann darum das Spiel für das Publikum, welchem es eröffnet worden ist, ein Zufallsspiel sein, wenn auch dasselbe für ausschliesslich Sachkundige diesen Charakter nicht an sich trägt.[6]) Vor zwei Jahren hat das Reichsgericht erneut diese Gedanken ausgesprochen, als es sich um die Entscheidung der Frage handelte, ob das Spielen mit sogenannten Geschicklichkeitsautomaten als Glücksspiel zu betrachten sei. Bei diesen Automaten, die das Aussehen eines aufrecht stehenden flachen Kastens haben, der an der Vorderseite mit einer Glaswand versehen ist, handelt es sich meistenteils darum, ein Geldstück, das der Spieler in den Apparat wirft, und das auf einer Führungsrinne in einen nach dieser hin offenen Ring, der seitlich aus dem Kasten heraussteht, oder vor einen Schnapper läuft, in eine der etwas vorstehenden, in dem hinter der Glaswand befindlichen Deckel angebrachten Gewinnöffnungen durch Druck oder Stoss auf Schnapper oder Ring zu schleudern. Gelingt dies, fällt also das Geldstück nicht in eine der Verlustöffnungen, so erhält der Spieler auf dieselbe Weise, wie dies bei den bekannten Schokoladenautomaten der Fall ist, das Mehrfache des eingeworfenen Geldbetrages zurück. Die Glaswand, die sich etwa 2—3 mm vor dem eigentlichen Kasten mit den Gewinn- und Verlustöffnungen befindet, ermöglicht es dem Spieler, die Wurfbahn des von ihm geschleuderten Geldstückes zu beobachten. In dem ergangenen Urteile weist das Reichsgericht ausdrücklich darauf hin, dass sorgfältig zu prüfen sei, ob das spielende Publikum, dem das Spiel eröffnet ist, und das

---

[6]) Entscheid. XXV., S. 193.

sich daran beteiligt, die für das Spiel erforderliche Geschicklichkeit oder Fähigkeit besitze und daher mit ihr in der grossen Mehrheit der Einzelspiele zu rechnen sei oder nicht.[7]) In dem soeben citierten Urteil kam das Reichsgericht zu einer Aufhebung des die Glücksspielsnatur bejahenden Strafkammerurteils, weil die Strafkammer aus den Fähigkeiten einzelner Spieler, aus einzelnen Fällen also, auf diesen Charakter geschlossen hatte. In einem zweiten Falle[8]) trat es billigend der Ansicht der Strafkammer bei, die das Automatenspiel als Glücksspiel ansah, weil es in dem zur Beurteilung stehenden Falle ungeübten Spielern angeboten und von ihnen gespielt worden sei. Diese Begründung ist nicht richtig. Die nach dem bereits angeführten notwendige Vorfrage, ob überhaupt das Automatenspiel in abstracto ein Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel ist, ist in beiden Fällen nicht gestellt worden. Wäre sie beachtet worden, so hätte sich die richtige Begründung der Urteile ohne weiteres ergeben. Jedes Spiel mit den geschilderten Automaten ist in abstracto bereits ein Glücksspiel, kann also im konkreten Falle nie seinen Charakter ändern. Wissenschaftliche Untersuchungen, die auf experimentellem Wege mit jenen Automaten in grosser Zahl gemacht wurden, haben ergeben, dass selbst ein immer gleicher Stoss oder Druck nicht gleiche Wurfbahnen und damit nicht gleiche Spielergebnisse herbeiführt. Es kann also nicht behauptet werden, dass die Geschicklichkeit der ausschlaggebende Faktor ist, umso weniger, als selbst, wenn zuweilen gleiche Wurfbahnen erreicht werden, der Spielerfolg immer noch wegen des Abprallens der verschieden starken Geldstücke an der nie völlig ebenen Glasscheibe ganz verschieden ist.[9])

Neben den Automatenspielen wird man stets als Glücksspiele — in abstracto und damit in concreto — alle Würfelspiele[10]) sowie die meisten Kartenspiele anzusehen haben. Nicht alle, denn wenn auch gerade bei den Kartenspielen der Spieler von seinen gerade erhaltenen Karten, d. h. vom Zufall abhängig ist, so gibt es doch eine grosse Reihe unter ihnen, bei denen der Spieler es in der Hand hat, vermöge der beson-

---

[7]) Entscheid. XLI., S. 222.
[8]) Entscheid. XLI., S. 331 ff.
[9]) Vgl. Oertel, S. 1240 ff.
[10]) So auch das Reichsgericht: Goltdammer XLI, S. 283.

deren, jedem Spieler bekannten Spielregeln[11]) den Ausgang des Spieles zu bestimmen.[12]) So kann der Spieler, der beim Skat eine schlechte Karte erhält, durch einen Null sich den Erfolg des Spieles sichern; ähnlich liegt es bei Sechsundsechzig, beim Whist so wie einer Reihe anderer Spiele. Hierin liegt auch der Grund, weswegen diese Spiele nicht ohne weiteres den Glücksspielen zugerechnet werden, — sie können es sein! — nicht darin, dass „diese Spiele ihrem ganzen Wesen nach der Unterhaltung zu dienen bestimmt sind," wie Majert[13]) will. Jedenfalls bleibt die Entscheidung, ob ein Kartenspiel als Glücksspiel anzusehen ist oder nicht, eine Tatfrage. Auf Grund solcher Erwägung hat das Reichsgericht[14]) Kümmelblättchen und Dreikartspiel stets für Glücksspiele erachtet, Mauscheln bald ebenso bezeichnet, zuweilen aber auch ihm diesen Charakter abgesprochen, je nach den Regeln, nach welchen es die Spieler in dem betreffenden Falle gespielt haben. Aus dem bereits Gesagten erhellt, dass ein Kartenspiel, bei dem der Zufall ausschlaggebend ist, auch dann ein Glücksspiel bleibt, wenn das ganze etwa den Namen einer Lotterie, die einzelnen Karten den von Losen erhalten, wie es bei „Gottes Segen bei Cohn" der Fall ist, wo ein besonders grosser Gewinn, den derjenige Mitspieler erhält, der eine der zuletzt vom Spielhalter aufgedeckten gleiche Karte besitzt, als „grosses Los" bezeichnet wird. So hat auch das Reichsgericht entschieden, dass „eine derartige willkürliche Benennung der Karte als Los nicht geeignet sei, dem Spiele den Charakter eines Kartenspieles zu entziehen und es als Lotterie gelten zu lassen."[15]) Es fehlt ja auch bei einem derartigen Spiel an beinahe allen dem Begriffe der Lotterie eigentümlichen Kennzeichen.

---

[11]) Nicht zu verwechseln damit ist der Fall, bei welchem ein Mitspieler den Erfolg des Spieles beliebig sich oder einem andern verschafft, vermöge irgend welcher nur ihm bekannten Kunstgriffe. Ein solches Spiel ist, sofern der betreffende Spieler diesen Umstand verschweigt, Betrug. — Vgl. Entscheid. XXI., S. 108.

[12]) Man kann also weder, wie Berner, S. 616, dies will, alle Kartenspiele zu den Geschicklichkeits-, noch zu den Glücksspielen rechnen.

[13]) Majert, S. 23.

[14]) Vgl. Entscheid. I, S. 119; XXVIII, S. 283; Goltdammer XXXVIII, S. 350; LII, S. 268.

[15]) Entscheid. XII, S. 390.

Wir haben bereits darauf hingewiesen, dass die Wettrennen zu den Spielen,[16]) nicht aber zu den Glücksspielen zu rechnen seien.[17]) Denn wenn auch Zufälle mancherlei leicht den Sieg beeinflussen, so sind es doch vor allem die Qualitäten des Pferdes im Verein mit der Tüchtigkeit seines Reiters, der die Kräfte des Pferdes richtig abzuschätzen und im geeigneten Momente auszunutzen sowie durch richtigen Sitz ihm die eigene Last leicht zu machen weiss, welche die Entscheidung bestimmen.

---

[16]) Hirschfeld, S. 19 ff., sieht in den „modernen" Wettrennen überhaupt kein Spiel, so dass also eine daraus resultierende Klage auf die versprochene Leistung nicht erfolglos bleiben würde. Allein wenn auch den Wettrennen ein gewisser Nutzen nicht abzusprechen ist, so steht Hirschfelds Ansicht doch folgendes entgegen: Diejenigen, die an den Wettrennen beteiligt sind, werden keineswegs durch allgemeine Interessen wirtschaftlicher Natur, auch nicht durch den Wunsch zur Erhärtung einer Behauptung, sondern durch Freude am Wagen, durch leidenschaftliche Liebe zum Sport, öfter noch durch die Hoffnung auf ansehnliche Gewinne angelockt. Hirschfeld gibt dies ja auch selbst zu, wenn er bei der Darstellung des Verhaltens des Staats gegenüber dem Totalisator sagt: Es folgte eine Zeit, in welcher weder der Totalisator noch konzessionierte Buchmacher die Wetten bei den öffentlichen Rennen vermittelten. Das Interesse des grossen Publikums an den Pferderennen nahm in bedenklicher Weise ab. Die Vereine waren nicht mehr in der Lage, hohe Rennpreise auszusetzen, es drohte daher der Vollblutzucht ein vollständiger Niedergang. S. 26—27. — Also das Interesse an der Hebung der vaterländischen Pferdezucht war da, solange grosse Gewinne zu gewinnen waren! Von einer Wirtschaftlichkeit des Pferderennens kann umsoweniger die Rede sein, als durch sie höchstens die Zucht von Rennpferden, die anderen Zwecken nur wenig oder garnicht dienen können, veranlasst wird. — Dass bei Verneinung des wirtschaftlichen Charakters der Pferderennen § 285 St.G.B. wie Hirschfeld — S. 19 — meint, auf den Rennstallbesitzer angewandt werden könnte, ist aus den weiter oben folgenden Gründen ausgeschlossen.

[17]) So auch Kriegsmann, S. 403: Die Pferderennen lassen sich nun selbst als Glücksspiel keineswegs charakterisieren. Der Sieg bedeutet hier das Resultat einer planmässigen angelegten Tätigkeit. Dass Zufälligkeiten auf den Ausgang einwirken, kann dem Pferderennen Glücksspielcharakter nicht aufdrücken. Kann doch alle zielbewusste menschliche Tätigkeit durch Zufälligkeiten durchkreuzt und am Erfolge gehindert werden, ohne dass man sagen kann, ihr Erfolg werde überwiegend vom Zufall beherrscht.

Aus dem früher Gesagten folgt ferner, dass die Rennwetten als Spiel im engeren Sinne zu behandeln sind, denn die Absicht der Parteien ist dabei auf die Verschiebung von Vermögenswerten gerichtet. Allerdings ist es wohl möglich, dass zwei Pferdekenner in einen Meinungsstreit darüber geraten können, welches von mehreren in einem Rennen laufenden Pferden das qualitativ beste ist, und infolge dessen eine Wette im rechtlichen Sinne abschliessen. Doch ist der Fall, betrachtet man die Gesamtheit der Wetter, so selten, dass er an dem Spielcharakter der Rennwette nichts zu ändern vermag; im allgemeinen fehlt jede Absicht, eine Behauptung zu erhärten. Das erhellt auch aus der Art des Totalisatorbetriebes.[18]) Der Vertrag, den der sich Beteiligende abschliesst, schliesst er nicht mit einem gegnerischen Wetter, sondern mit dem Vorstande des den Totalisator leitenden Vereins. Von diesem, nicht von einem anderen Setzenden hat er einen etwaigen Gewinn zu verlangen. Da nun jede „Wette" von jenem angenommen wird, so steht dem Setzenden nichts im Wege, auf sämtliche in einem Rennen laufenden Pferde zu „wetten". Wo bliebe da Raum für einen Meinungsstreit, für die Erhärtung einer Behauptung; le-

---

[18]) Der Totalisator ist folgendermassen eingerichtet (unter Zugrundelegung der Schilderung des Reichsgerichtes Entscheid. VII., S. 22): In einem zum Totalisator hergerichteten Gebäude sind mehrere Stellen dem Publikum kenntlich gemacht, an welchen unter Aufsicht des Klubvorstandes Einsätze auf die Pferde angenommen werden. Der Setzende erhält ein mit der Nummer des Rennens, des Pferdes, der Höhe des Einsatzes versehenes, auf den Inhaber lautendes und vom Kassenbeamten abgestempeltes Billet ausgehändigt. Es werden nur Einsätze von je 5, 10, 20, 50 Mk. zugelassen; für jede Billetart sind besondere Annahmestellen errichtet. An jeder der Billetverkaufsstellen befindet sich eine mechanische Vorrichtung, eine in quadratische Felder geteilte Tafel, aus welcher man gleichzeitig ersehen kann, wieviele Einsätze auf jedes einzelne der laufenden Pferde, und wieviel Einsätze auf sämtliche Pferde gemacht sind. Beim Beginn des Rennens wird der Totalisator an sämtlichen Annahmestellen gleichzeitig geschlossen. Beim Schlusse des Rennens wird der Sieger bekannt gemacht und gegen Rückgabe der betreffenden Billets der Gewinn ausgezahlt. Die Höhe des letzteren wird in der Weise berechnet, dass nach Abzug von bestimmten Prozenten als Tantième für die Klubkasse sowie zur Deckung der staatlichen Steuer der übrig bleibende Rest unter diejenigen verteilt wird, welche auf das siegende Pferd gesetzt hatten. Etwaige Markbruchteile werden zu Gunsten der Klubkasse niedergeschlagen.

diglich Spielleidenschaft treibt den Wettenden. Berücksichtigt man ferner, dass die überwiegende Mehrzahl aller sich am Totalisator beteiligenden Personen die Fähigkeiten der einzelnen Reiter und Pferde nicht zu beurteilen vermag, sondern seine Informationen aus den verschiedensten Quellen schöpft, ohne in der Lage zu sein, die erhaltenen Auskünfte kritisch zu analysieren, so kommt man zu dem Schlusse, dass die sogenannten Rennwetten, da in der übergrossen Mehrheit der einzelnen Fälle innerhalb einer Veranstaltung der Zufall das entscheidende Moment bildet, unter den Begriff des Glücksspiels fallen.

Die Begründung, die das Reichsgericht für die Zuweisung unter den strafrechtlichen Begriff des Glücksspiels gibt: dass nämlich die Parteien auf das Eintreffen oder Nichteintreffen der entscheidenden Tatsachen keinen Einfluss haben und die dabei seitens einzelner vielleicht stattfindenden Berechnungen aller Sicherheit entbehren und dass deswegen die Rennwette ein Glücksspiel sei, erscheint nicht richtig. Wer Pferde und Reiter kennt, für den entbehrt der Sieg des Zufalls, seine Berechnung hat ihm zum Siege verholfen, für ihn lag zwar ein Spiel, wenn es ihm nicht um die Erhärtung einer Behauptung zu tun war, nicht aber ein Glücksspiel vor. Ob die Parteien auf den Ausgang direkt einwirken, ist unerheblich, die Berechenbarkeit ist das Entscheidende für die Zuweisung unter die Begriffe Spiel beziehungsweise Glücksspiel.

Auch die beim Buchmacher Setzenden sind aus den gleichen Gründen als Glücksspieler anzusehen. Ist aber auch die Tätigkeit des Buchmachers selbst als Glücksspiel anzusehen? Er mag oft genug über die erforderliche Sachkenntnis verfügen und die Chancen der Pferde richtig einschätzen können, allein sein Geschäftsbetrieb ist derartig gestaltet, dass er Wetten jeder Art, gleichviel ob er sie für richtig oder falsch hält, annimmt. „Das Ergebnis hängt für ihn lediglich von der Meinung der Wettenden ab.“[19]) Und bei dem einzelnen Vertrage stellt der Buchmacher seine eigene Meinung direkt zurück, er macht Wetten gegen jedes Pferd, aber niemals für ein Pferd und schaltet, wie Kriegsmann[20]) treffend sagt, seine Sachkenntnis gerade

[19]) Kriegsmann, S. 404.
[20]) A. a. O.

aus, da er selbst gegen das Pferd Wetten macht, das nach seiner Berechnung siegen wird. Auch das Reichsgericht[21]) sieht das Buchmachen als Glücksspiel an; es ist also „der Buchmacher bei den Wettrennen nicht ein Wettender, sondern ein Glücksspieler.“[22])

Der Totalisatorbetrieb ist aus ähnlichen Gründen als Glücksspiel anzusprechen. Auch für ihn ist es lediglich eine Frage des Zufalls, auf welches Pferd und in welcher Höhe eine Auszahlung zu erfolgen hat. Unerheblich ist, dass er selbst dabei ein Risiko nicht auf sich nimmt. „Richtig ist zwar, dass die Totalisatorverwaltung nur mit fremden Mitteln spielt, dass sie den Gewinn, welchen sie von dem verlierenden Setzer einzieht, zur Auszahlung der gewinnenden Setzer verwendet, beziehungsweise den Verlust an den gewinnenden Setzer durch den Gewinn von dem verlierenden deckt, und dass sie, da ihr Verlust nach dem Spielplan unter allen Umständen niedriger ist als ihr Gewinn, ein Risiko bei dem entrierten Glücksspiel nicht hat. Für den rechtlichen Charakter desselben ist dieser Umstand nicht von Belang. Auch derjenige würde offenbar als Bankhalter bei einem Glücksspiele, also als Teilnehmer an demselben anzusehen sein, der die Bank zwar mit fremden Mitteln, aber in eigenem Namen in der Weise legt, dass Gewinn und Verlust nur diejenigen trifft, welche die Mittel zu dem Spiele hergegeben haben.“[23])

b. Vermögenswert.

Wir haben es als dem Spiel wesentlich betont, dass die Absicht der Parteien auf die Verschiebung von Vermögenswerten gerichtet ist. Das Glücksspiel, das als Unterart des Spieles auch dessen Kriterien besitzt, erfordert daher auch, dass die Leistung einen Vermögenswert besitzt.[24]) Dies ist in Theorie

[21]) Vgl. Entscheid. VI, S. 172 ff., S. 421 ff.; VII, S. 21 ff.; XXVIII, S. 401 ff.; XXXII, S. 408 ff.

[22]) Binding, S. 408.

[23]) Entscheid. VII., S. 27—28.

[24]) Nach der Ansicht des Reichsgerichts — vgl. z. B. Entscheid. VI., S. 74; VII, S. 22 — resultiert das Erfordernis des Vermögenswertes aus dem Glücksspiel. Dies ist, wie gezeigt, nicht richtig. Völlig abwegig ist die Ansicht Rönnbergs — S. 77 — nach dem das Erfordernis des Vermögenswertes sich nicht aus dem Begriff des Glücksspiels, sondern aus dem § 284 St.G.B. ergebe — ähnlich auch Merkel S. 828.

und Praxis fast unbestritten. Umso heftiger tobt der Streit darüber, was als Vermögenswert anzusehen ist.

Innerhalb der verschiedenen Meinungen lassen sich zwei grosse Gruppen scheiden. Die eine Gruppe sucht eine absolute Bestimmung zu treffen. So will das Reichsgericht[25]) vom Begriffe Glücksspiel solche Spiele für ausgeschlossen erachten, welche um Objekte, denen nach gesellschaftlicher Anschauung die Bedeutung eines Vermögenswertes abgesprochen wird, gespielt und deshalb als harmlose gesellige Unterhaltungen angesehen werden." Gleichgültig sei dagegen die Vermögenslage des einzelnen Spielers, insbesondere ob er den Verlust des Einsatzes ohne nachteilige Folgen für seine Vermögensverhältnisse ertragen könne und ob sich für ihn der Verlust des Einsatzes als empfindlicher Nachteil gestalte. Zu dieser Ansicht neigt auch Thomsen. Er scheidet aus dem Begriff des Glücksspieles als Unterhaltungsspiele solche, bei denen der Gewinn zu gering ist. „Wann letzteres der Fall sei, ist quaestio facti. Nur soviel lässt sich sagen, dass der absolute Wert massgebend sein muss, z. B. wäre ein Würfeln um 1000 Mk. pro Wurf ein Glücksspiel, selbst wenn zwei Multimillionäre sich nur damit über eine langweilige Viertelstunde hinweghelfen wollten.[26])

Es gibt aber keinen allgemeinen gesellschaftlichen Massstab für Vermögenswerte. Dieselbe Summe, die den Arbeitern als Gesellschaftsklasse schon sehr hoch erscheint, gilt dem höheren Mittelstande z. B. so unbedeutend, dass er dieselbe nicht als Vermögenswert ansieht. „Der Differenzierung der verschiedenen Gesellschaftsklassen entspricht eine durchaus verschiedene Wertung des Geldes und des Vermögens."[27]) Innerhalb einer einzelnen Gesellschaftsklasse kann man wohl von einer einheitlichen Anschauung darüber, ob ein Gegenstand Vermögenswert hat oder nicht, sprechen. Indes diesen Gesichtspunkt als entscheidend gelten zu lassen, lehnt das Reichsgericht gerade ab; und zwar mit Recht, denn damit wäre in einer grossen Anzahl von Fällen, wie noch gezeigt wird, nichts gewonnen. Zu-

---

[25]) Entscheid. VI., S. 74. — Vgl. ferner XVIII., S. 342. XIX., S. 253; — Rechtsprechung VII., S. 636; IX., S. 547.

[26]) Thomsen, S. 423.

[27]) Kriegsmann, S. 399.

zugeben ist dem Reichsgericht ferner, dass „das Motiv der Spieler bei dem Unternehmen des Spieles einflusslos“[28]) ist.

Die zweite Gruppe besteht aus den Vertretern der relativen Theorien, denen die Mehrzahl der Theoretiker sowie viele Praktiker zuzurechnen sind. Olshausen[29]) legt einen relativen Massstab insofern an, als man die Gesamtverhältnisse, die beim Spiel obwalten, insbesondere auch die sozialen Verhältnisse des gesamten Kreises der Spieler, wenn auch nicht die Vermögensverhältnisse eines einzelne Spielers zu berücksichtigen haben wird. — Damit wäre nur dann etwas gewonnen, wenn diese sozialen Verhältnisse bei allen Spielern die gleichen wären. Wie aber, wenn amerikanische Geldfürsten mit armen deutschen Dichtern zusammenspielen? Soll dann, wie Frank[30]) es will, die Grenze nach den Verhältnissen des Mindestvermögenden gezogen werden? Damit gäbe man den Reichen das Vorrecht, unter sich hoch zu spielen; der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz wäre damit verletzt. Nach Oppenhoff[31]) ist der Vermögenswert nur dann gegeben, wenn das Spielobjekt von solcher Bedeutung ist, dass seine Erlangung für die Spielenden nach deren Verhältnissen überhaupt als Gewinn, seine Hingabe als Verlust betrachtet und dass in der Aussicht auf ersteren der Bestimmungsgrund zum Spielen gefunden werden kann. Schwarze[32]) zieht die Verhältnisse der Mitspielenden in Betracht. Geyer[33]) stellt ebenfalls auf die persönlichen Verhältnisse der Spieler ab und nennt Glücksspiele nur Spiele um solche Werte, die die wirtschaftliche Lage des Spielers gefährden. Nach Hälschner[34]) kommt es darauf an, ob das Wagnis, dem sich die Spieler aussetzen, zu ihrer Stellung und Vermögenslage in dem Verhältnis stehe, dass es als angemessener Preis, den sie für ein Vergnügen bezahlen, betrachtet werden dürfe, oder ob in einem Missverhältnis, vermöge dessen das Spiel als ein sittlich zu missbilligendes und das wirtschaftliche Wohl der Spieler

---

[28]) Rechtsprechung IX., S. 547.
[29]) Olshausen, S. 1177 — vgl. v. Liszt, S. 481.
[30]) Frank, S. 477.
[31]) Oppenhoff, S. 763.
[32]) Schwarze, S. 834.
[33]) Geyer, S. 72.
[34]) Hälschner, S. 448.

gefährdendes erscheine. Aehnlich äussert sich Berner.[35]) Schiffer[36]) stellt auf die Beschaffenheit der spielenden Personen, des Einsatzes und der übrigen Umstände des Spieles ab.

Mit allen den Theorien ist nichts gewonnen. Nimmt man sie als richtig an, so entsteht nur die neue Frage, wann denn das Verhältnis zwischen Einsatz und Vermögen erheblich zu nennen ist. Die Antwort darauf wird nicht erteilt. Es sind gar keine Erklärungen des Begriffs Vermögenswert, die gegeben werden, sondern es handelt sich in Wirklichkeit nur um eine Verschiebung der Fragestellung. Da dieser Gesichtspunkt ausser Acht gelassen und daher nicht beantwortet wird, ist jede feste Grenze aufgegeben. Dies Aufgeben jeder festen Grenze wirft auch Binding[37]) den gedachten Theorien vor, gibt aber selbst keine feste Grenze, wenn er verlangt, dass es sich nicht um Bagatellbeträge handeln dürfe, deren Gewinn und Verlust garnicht als Veränderungen der Vermögenslage empfunden zu werden pflegen.[38])

Um diesen Schwierigkeiten zu entgehen, stellt Kriegsmann[39]) auf die Möglichkeit ab, mit den aufs Spiel gesetzten Vermögenswerten einzelne Lebensbedürfnisse zu befriedigen. Der Verlust solcher Vermögenswerte bedeute objektiv eine Schmälerung der Vermögenslage und komme als solche selbst dann in Betracht, wenn der Verlierende sie garnicht als Aenderung seines Vermögensstandes empfinde. Dabei sei weder der Einsatz noch der tatsächliche Umsatz allein zu berücksichtigen, sondern die Möglichkeit des Umsatzes in Betracht zu ziehen. Frank[40]) hält diese Ansicht für verkehrt, da jeder Mensch Lebensbedürfnisse habe, die sich mit minimalen Aufwendungen befriedigen liessen. Wir vermögen nicht einzusehen, inwiefern damit Kriegsmanns Theorie widerlegt ist. Wohl aber hat sie den Fehler, dass sie nicht die Nachteile der anderen Theorien vermeidet. Sollen die Verhältnisse der einzelnen Spieler massgebend sein? Dann entstehen die geschilderten Missverhältnisse. In welcher

---

35) Berner, S. 616.
36) Schiffer, S. 216.
37) Binding, S. 406.
38) Vgl. auch das Beispiel bei Sabath, S. 21 22, das gut die relativen Theorien widerlegt.
39) Kriegsmann, S. 399.
40) Frank, S. 477.

Weise soll die Möglichkeit des Umsatzes berechnet werden? Dafür Regeln aufzustellen, dürfte unmöglich sein.

Wir müssen von den Personen ganz absehen. Nicht darauf kommt es an, ob mit den aufs Spiel gesetzten Vermögenswerten einzelne Lebensbedürfnisse befriedigt werden können, sondern darauf, ob die aufs Spiel gesetzten Werte einen wirtschaftlichen Wert haben. Soweit dieser Wert ein Verkehrswert ist, mithin sein Wert durch den allgemeinen Wertmesser des Verkehres, das Geld, sich bestimmen lässt, hat auch die Leistung beim Glücksspiel einen Vermögenswert. Dass die Parteien sich nach ihrer Absicht nur unterhalten wollen, ist unerheblich. Ist der Vermögenswert der Leistung vorhanden, richtet sich auf ihn das Interesse der Parteien, spielt der Zufall die bereits erwähnte Rolle, dann liegt ein Glücksspiel vor.

Mit dieser Auffassung des Vermögenswertes ist ein Massstab gefunden, dessen Vorliegen objektiv in sicherer Weise geprüft werden kann und dessen Anwendung bedenkenfrei ist. Denn da der Kampf des Strafrechts dem „Spiel als unsittlicher Gefährdung des Vermögens“ nach allgemeiner Anschauung gilt,[41]) so ist der Kampf im Anfangsstadium der Gefährdung bereits zu führen, nämlich dann, sobald wirtschaftliche Werte aufs Spiel gesetzt werden.[42]) Es ist dies umso notwendiger, als erfahrungsgemäss es nicht bei geringen Werten bleibt, der Spieler vielmehr nur zu geneigt ist, die Tragweite seiner Verluste für seine Lage zu unterschätzen, ja gerade durch die Verluste angetrieben wird, seine Einsätze zu erhöhen, und dadurch auch bei den Mitspielern die Spielleidenschaft erhöht. Principiis obsta! Und wenn durch unsere Auffassung des Vermögenswertes Glücksspiele an öffentlichen Versammlungsorten so gut wie unmöglich werden, so ist dies nur zu begrüssen. Wie der Dieb ohne Unterschied, ob er einen wertvollen Gegenstand oder ein paar

[41]) Vgl. z. B. Entscheid. VI., S. 74: „Die schädlichen Folgen für die Sittlichkeit der Beteiligten und ihre wirtschaftliche Lage haben den Gesetzgeber bewogen, dem Glücksspiel Schranken zu setzen.

[42]) Damit ist nicht die Frage zu verwechseln, ob Glücksspiele schlechthin, oder ob nicht aus rechtspolitischen Gründen nur bestimmte Formen des Glücksspieles zu bestrafen sind. Auf letzterem Standpunkt steht das deutsche Strafrecht.

Lumpen gestohlen hat, in beiden Fällen zu bestrafen ist, ebenso müssen wir beim Glücksspiel, sofern die sonstigen gesetzlichen Tatbestandsmerkmale vorhanden sind, verfahren. Dass das Gesetz in dem einen Fall eine bewegliche Sache, in dem andern Fall aber einen Vermögenswert verlangt, ist allerdings ein Unterschied. Aber diesen Unterschied haben wir nicht ausser Acht gelassen. Die Höhe des Einsatzes spielt demnach, sofern er überhaupt einen Vermögenswert hat, nur für die Frage der Höhe der im konkreten Falle zu verhängenden Strafe eine Rolle.

Mit dieser Auffassung des Vermögenswertes ist zugleich gesagt, was unter Unterhaltungsspielen, also rechtlich irrelevanten Glücks- und anderen Spielen zu verstehen ist. Es sind diejenigen Spiele, deren Leistungsgegenstand des Verkehrswertes entbehrt und daher nicht zu dem allgemeinen Wertmesser im Verkehr, dem Geld, in ein Verhältnis gebracht werden kann.

Im Zusammenhang mit der ganzen Frage nach dem Vermögenswert steht die weitere, ob das Glücksspiel eine gewinnsüchtige Absicht erfordere. Das Reichsgericht hat die Frage in konstanter Rechtsprechung verneint.[43]) Auch die Mehrzahl der Theoretiker stehen auf diesem Standpunkt.[44]) Wir schliessen uns der gemeinen Meinung, gegen die keine begründeten Bedenken zu erheben sind, an. Wohl wird man sich zum Spiele in den meisten Fällen in der Hoffnung setzen, möglichst nicht zu verlieren, doch ist davon scharf die Gewinnsucht, die der Ausfluss eines antisozialen inneren Vorganges, des Eigennutzes, ist, zu trennen.

2. Das Glücksspiel im engeren Sinn.

Nach dem Gesagten ist also das Glücksspiel ein Spiel, in dem ausschliesslich oder vorwiegend der Zufall eine Rolle spielt. Dass es einen Vermögenswert erfordert, geht daraus hervor, dass es eine Art des Spiels ist. Unter diese Begriffsbestimmung würden dann Lotterie und Ausspielung fallen. Denn auch sie wer-

---

[43]) Vgl. z. B. Entscheid. VI., S. 75; VII., S. 23; XXXIII., S. 238; Rechtsprechung IV., S. 215; VII., S. 636; IX., S. 547.

[44]) Vgl. z. B.: Binding, S. 406 — Finger, S. 327 — Frank, S. 477 — v. Liszt, S. 432 — Meyer-Allfeld, S. 504. Von den Gegnern dieser Ansicht sei Merkel, Lehrbuch, S. 432 genannt.

den um Vermögenswerte gespielt, auch bei ihnen spielt der Zufall eine vorwiegende Rolle. Es ist als allgemeine Ansicht zu bezeichnen, dass Lotterie und Ausspielung Glücksspiele sind, schon im kanonischen und gemeinen Recht wird die Lotterie als Glücksspiel (ludus aleae) anerkannt. Indes ist nicht anzunehmen, dass das Gesetz in den § § 284, 285, 360 Zif. 14 St. G.B. Lotterie und Ausspielung inbegriffen wissen will. Es würde diese Annahme zu der Konsequenz[45]) führen, dass eine ideale Konkurrenz zwischen § 286 und § 284 beziehungsweise 360, Zif. 14 möglich ist. Demnach würde derjenige, der mit obrigkeitlicher Erlaubnis aus der Lotterie oder Ausspielung ein Gewerbe macht, immer noch gemäss § 284, und der Inhaber eines öffentlichen Versammlungsortes, welcher eine obrigkeitlich erlaubte Ausspielung in seinem Lokale duldet, gemäss § 285 zu bestrafen sein. Dies kann aber nicht im Willen des Gesetzes liegen, das ausdrücklich im § 286 nur die ohne obrigkeitliche Erlaubnis veranstaltete Lotterie und Ausspielung bestraft, mithin sie unbestraft wissen will, sofern diese Erlaubnis erteilt ist. So wird denn der Begriff des Glücksspiels dahin einzuengen sein, dass es ein Spiel ist, dass die bereits gekennzeichneten Eigenschaften hat, und das nicht unter den Begriff der Lotterie und Ausspielung fällt. Diese Ansicht kann als die in Theorie und Praxis herrschende bezeichnet werden.[46])

Die verschiedene Behandlung von Glücksspielen im engeren Sinne und der Lotterie beziehungsweise Ausspielung findet ihre Erklärung einmal in der Geschichte der Lotterie,[47]) sodann auch darin, „dass bei Lotterien und Ausspielungen die Abwickelung des Spielgeschäftes lange Zeit erfordert und dem Spieler entweder garnicht oder nur in langen Zwischenräumen

---

[45]) Vgl. hierzu die Ausführungen des Reichsgerichts. Entscheid. X., S. 247.

[46]) Vgl. z. B. Binding, S. 406, Hälschner, S. 451, Olshausen, S. 1178, Rönnberg, S. 88 stimmt dieser Ansicht zu, soweit es sich um die Unmöglichkeit einer Idealkonkurrenz zwischen den § 284 beziehungsweise 285 mit § 286 handelt, lässt dieselbe aber zu zwischen § 286 und § 360 Zif. 14. Frank, S. 482 lehnt es ebenfalls ab, der herrschenden Lehre beizutreten. Die Bestimmung des § 286 treffe überhaupt nicht den Spieler, sondern den Veranstalter. Demnach sei § 286 auch nicht als lex specialis zu denken.

[47]) Vgl. Häussner, S. 5 ff., v. Liszt, S. 482.

Gelegenheit zu erneuerter Teilnahme am Spiele geboten ist, sie mithin weniger als andere Glücksspiele geeignet sind, die Leidenschaft des Spielers anzuregen und in sittlicher und wirtschaftlicher Beziehung weniger gefahrlich erscheinen."[48])

Fassen wir unsere Ausführungen hinsichtlich der Stellung des Glücksspiels zum sonstigen Spiel in der Form eines Schemas zusammen, so ergibt sich folgendes:

Spiel im allgemeinen Sinne.

Spiele im rechtl. Sinne — sonstiges nicht wirtschaftliches Gebahren.

Spiele im engeren Sinne — Wetten.

Glücksspiele — berechenbare Spiele.

Glücksspiele im engeren Sinne — Lotterie — Ausspielung.

III. Kapitel.

Das gewerbsmässige Glücksspiel.[1])

I. Systematische Stellung des Vergehens.

Das Strafgesetzbuch behandelt das Glücksspiel im 25. Abschnitt. In ihm „finden sich eine Anzahl von Delikten behandelt, welche keinen einheitlichen Charakter zeigen und durch

[48]) Hälschner, S. 450.

[1]) Eine ausführliche Darstellung der Geschichte des Glücksspiels gibt für das römische Recht Schoenhardt, für das deutsche Recht Schuster. Die Entstehungsgeschichte des § 284 ist ausführlich in Goltdammer, Materialien enthalten. Hier sei nur kurz folgendes erwähnt: § 284 schliesst sich an das preussische Recht an. Schon im Allgemeinen Landrecht wurden Bestimmungen über die Glücksspiele getroffen. Es enthielt ein allgemeines Verbot der Hazardspiele (II., 20 § 1298—1306), das in der Deklaration vom 8. Februar 1817 (Gesetzsammlung S. 31) wiederholt wurde. Das Allgemeine Landrecht behandelte das Glücksspiel im 15. Abschnitt unter den „Beschädigungen des Vermögens durch strafbaren Eigennutz und Betrug." Der Entwurf von 1828 reihte sie unter die gemeinschädlichen Verbrechen, der Entwurf von 1833 gab ihnen die frühere Stellung zurück. Was die Fassung des § 284 anbelangt, so beruht sie auf dem § 266 des preussischen Strafgesetzbuches von 1851.

kein wesentliches, gemeinsames Merkmal verbunden sind."[2]) Wenn also auch Olshausen Recht zu geben ist, „dass die Bezeichnung „strafbarer Eigennutz in der Ueberschrift des Abschnittes 25 zur Erläuterung des Tatbestandes der einzelnen daselbst behandelten Delikte nicht verwertet werden darf und daraus," wie wir hier gleich vorwegnehmen wollen, „das Merkmal der gewinnsüchtigen Absicht nicht gefolgert werden darf,"[3]) so kann doch daraus geschlossen werden,[4]) dass das Glücksspiel von unserem Strafrecht als Delikt gegen das Vermögen betrachtet wird, ohne dass damit die Gesetzestechnik das Glücksspiel als ein derartiges Delikt hinstellt. Und zwar haben wir es mit einem Vermögensgefährdungs-Delikt zu tun, d. h. es wird eine Erscheinung getroffen, „deren kriminelle Bedeutung darin beruht, dass sie das Rechtsgut des Vermögens in Frage stellt, sich aber des Spiels als Angriffsform bedient."[5])

Allein diese Vermögensgefährdung ist nicht in den Tatbestand aufgenommen worden; jedes Glücksspiel um Vermögenswerte gefährdet das Vermögen, und zwar ist es der Eigentümer selbst, der in einem solchen Spiel sein eigenes Vermögen gefährdet; dass er auch das Vermögen seines Gegners gefährdet, ist irrelevant, denn dieser ist ja durchaus damit einverstanden. Ihn vor sich selbst zu schützen, sieht die moderne Gesetzgebung nicht als ihre Aufgabe an.[6]) Dagegen hat sie ein Interesse daran, dass niemand das Glücksspiel zur ganzen oder teilweisen Grundlage seines Erwerbs macht und sich so mit den guten Sitten in Widerspruch setzt, dass eine Verführung zum Glücksspiel möglichst erschwert werde. Es ist mithin das Glücksspiel unter die Reihe der Polizeidelikte zu rech-

---

[2]) Merkel, S. 826.
[3]) Olshausen, S. 1174.
[4]) So auch Kriegsmann, S. 376.
[5]) Kriegsmann, S. 378.
[6]) Aehnlich Kriegsmann, S. 377. Anderer Meinung Binding, Normen S. 361: „In einer Anzahl von Fällen werden Personen gegen sich selbst geschützt. Das Verbot gewerbsmässigen Glücksspiels dient dem Vermögensbestande des gewerbsmässigen Spielers wie dem seiner Genossen". Auch Liszt neigt zu dieser Ansicht, wenn er sagt, dass der Gesetzgeber für die Vermögensinteressen der Staatsbürger sorge, „auch wenn diese selbst die nötige Vorsicht aus den Augen lassen". Liszt, S. 480.

nen, denn es ist ein Delikt, „dessen Norm die allgemeine im Verkehr erforderliche Sorgfalt spezialisiert.“[7])

2. Der Tatbestand.

Das Strafgesetzbuch bestraft, wie die vom Glücksspiel handelnden §§ 284, 285, 360, Zif. 14 StGB. zeigen, dasselbe nicht schlechthin, sondern nur bestimmte Formen desselben, die besondere Gefahren in sich tragen. Die gefährlichste Form wird im § 284 getroffen, der folgenden Wortlaut hat:

Wer aus dem Glücksspiele ein Gewerbe macht; wird mit Gefängnis bis zu 2 Jahren bestraft, neben welchem auf Geldstrafe von 300 bis zu 6000 Mark sowie auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann.

Ist der Verurteilte ein Ausländer, so ist die Landespolizeibehörde befugt, denselben aus dem Bundesgebiete zu verweisen.

Bestraft wird, wer aus dem Glücksspiele ein Gewerbe macht. Als diesen Worten identisch können wir wohl setzen: wer das Glücksspiel nach Art eines Gewerbes, also gewerbsmässig, betreibt, ist zu bestrafen. Während sonst das Moment der Gewerbsmässigkeit in der Regel einen qualifizierenden Umstand strafbarer Handlungen bildet,[9]) ist es hier „Tatbestandsmerkmal; ohne dieses Merkmal ist dasjenige Glücksspiel, wovon in dem § 284 die Rede ist, keine strafbare Handlung.“[10])

Wir wenden uns nunmehr zur Besprechung der Tatbestandsmerkmale. Der Begriff des Glücksspiels ist bereits festgelegt. Um den Begriff der Gewerbsmässigkeit zu erklären, ist zunächst zu fragen, was unter Gewerbe zu verstehen ist. Das Gesetz selbst gibt keine Definition des Begriffes Gewerbe, ja die Motive zu § 6 Gew.O. von 1869 heben ausdrücklich hervor, dass „die Vielgestaltigkeit der gewerblichen Entwickelung

[7]) Frank, S. 570, vergl. auch Binding, S. 407, Liszt, S. 480/81, die beide neben der Vermögensgefährdung sich für den polizeilichen Charakter aussprechen, — Meyer-Allfeld, S. 504, betont lediglich die Gefährdung vermögensrechtlicher Interessen.

[8]) Vgl. Olshausen, S. 1181 — Rechtsprechung, III., S. 443 — Entscheid. XII., S. 391.

[9]) So z. B. in den §§ 260, 294 StGB.

[10]) Rechtsprechung VIII, 191.

eine scharfe Begriffsbestimmung nicht gestattet".[11]) In den Zunftrollen des Mittelalters wurde der Begriff gebraucht, um die Tätigkeit des Handwerkers damit zu bezeichnen.[12]) Bereits im 16. Jahrhundert wird die Tätigkeit des Kaufmanns ebenfalls unter diesen Begriff subsumiert und später wird „jede berufsmässig ausgeübte Tätigkeit zum Zwecke des Gütererwerbes[13]) damit bezeichnet. So hört man in unserer Zeit auch zuweilen von gelehrten Gewerben, von künstlerischen Gewerben, vom Handelsgewerbe reden. Lilienthal hat daher mit seiner Ansicht Recht, dass es heute kaum eine wirtschaftliche Tätigkeit gebe, die man nicht als ein Gewerbe bezeichnete, wenn sie nur nicht vereinzelt, sondern mit der Absicht der regelmässigen Wiederholung und um des Erwerbes willen betrieben werde."[14]) So sagt auch das Reichsgericht, dass unter Gewerbe „eine auf fortgesetzten Erwerb gerichtete Tätigkeit"[15]) zu verstehen sei und schränkt weiterhin den Begriff dahin ein, dass diese Tätigkeit sich nicht lediglich als ein Akt der Vermögensnutzung darstellen dürfe.[16])

Liegt ein Gewerbe also vor, sobald es sich um eine fortgesetzte in Erwerbsabsicht vorgenommene Tätigkeit handelt, so muss die Absicht des Tätigen auf gleiche oder gleichartige Geschäfte gerichtet sein, andernfalls kann von einem bestimmten Gewerbe nicht gesprochen werden.[17]) Es fragt sich nun, wann von einer fortgesetzten Tätigkeit gesprochen werden kann. Liegt sie vor, wenn mehrere gleichartige einzelne Handlungen festgestellt werden, die es wahrscheinlich machen, dass solche Handlungen auch in Zukunft eine Wiederholung erfahren sollen? Daraus allein kann nicht das Vorliegen einer solchen Tätigkeit geschlossen werden, vielmehr kommt es darauf an, ob nach der Absicht des Täters jene einzelnen Handlungen als ein einheitliches Ganze aufgefasst werden sollen, dessen Ziel der Erwerb war.

---

[11]) Citiert nach Olshausen, Vorbestrafungen S. 126.
[12]) Vgl. v. Lilienthal, S. 12, Dochow, S. 11.
[13]) Bücher, S. 847.
[14]) v. Lilienthal, S. 13.
[15]) Entscheid. XXX.; S. 107.
[16]) Entscheid. XXXII., S. 234.
[17]) Dochow, S. 16.

Kennzeichnet sich also die gewerbsmässige Tätigkeit durch die auf Wiederholung gerichtete Absicht, so ist klar, dass eine einzelne Handlung bereits gewerbsmässigen Charakter haben kann. „Sie kann der Beginn einer gewerbsmässigen Tätigkeit sein, welche infolge besonderer Umstände gegen die Absicht des Handelnden unterbrochen oder beendigt wird, so dass es zunächst oder überhaupt bei dieser einen gewerbsmässigen Handlung bleibt.“[18]) Es liegt also eine gewerbsmässige strafbare Handlung vor, sofern der Vorsatz des Täters auf eine häufigere Wiederholung gleicher oder gleichartiger Tätigkeit, in der Absicht, sich daraus einen wenn auch nicht dauernden Erwerb zu schaffen, gerichtet ist. Dies ist auch die herrschende Meinung. So sagt Binding: Ein Delikt gewerbsmässig begehen, heisst es begehen mit dem Bewusstsein seiner Widerrechtlichkeit und mit der Absicht der steten Wiederholung bei sich darbietender Gelegenheit, um durch das erste wie die späteren Delikte ökonomischen Gewinn zu erzielen; die Absicht, sich eine dauernde oder eine regelmässig wiederkehrende Einnahme zu verschaffen, ist nicht erforderlich.[19]) Nach Liszt kennzeichnet sich das gewerbsmässige Verbrechen durch „die Absicht des Täters, sich durch wiederholte Begehung dieses Verbrechens eine Einnahmequelle (verschieden von der einmaligen Erlangung eines Vermögensvorteils) zu verschaffen.“[20]) Nach Finger[21]) entspringen die wiederholten strafbaren Handlungen der Absicht des Täters, sich durch dieselben eine Einnahmequelle zu verschaffen. Die normwidrige, strafbedrohte Handlung sei zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit des Verbrechens geworden. Meyer-Allfeld erläutert die Gewerbsmässigkeit als die Absicht, Begehungen gleicher Art als Einnahmequelle zu benutzen.[22]) Im gleichen Sinne äussern sich die Kommentare von Frank,[23]) Oppenhoff,[24]) Olshausen,[25]) Rüdorff,[26]) Schwarze.[27])

---

[18]) Olshausen, Vorbestrafungen, S. 133.
[19]) Binding, Handbuch, S. 549—550.
[20]) v. Liszt, S. 238.
[21]) Finger, Lehrbuch S. 375.
[22]) Meyer-Allfeld, S. 350.
[23]) Frank, S. 170.
[24]) Oppenhoff, S. 650—651.
[25]) Olshausen, S. 1051—1052.
[26]) Rüdorff-Stenglein, S. 649.
[27]) Schwarze, S. 755.

Betrachten wir nunmehr das gewerbsmässige Glücksspiel, so ist nach den obigen Darlegungen die Tat dessen unter § 284 zu subsumieren, der das Glücksspiel in der fortgesetzten Absicht betreibt, daraus sich eine Einnahmequelle zu verschaffen, wobei es „rechtlich unerheblich" ist, „ob der Gewinn nach der Gelegenheit gesucht und genommen oder ob der Täter sich eine dauernde Vermehrung seiner Einkünfte hat schaffen wollen. Eine Ersatzquelle eröffnet sich der Täter auch in jenem Falle; dass sie regelmässig oder dauernd fliesse, fordert der strafrechtliche Begriff des Gewerbes nicht".[28]) Bestraft kann der Spieler aber wegen gewerbsmässigen Glücksspieles schon werden, wenn er auch nur ein Spiel in jener Absicht gespielt hat;[29]) doch dürfte der Nachweis in einem solchen Falle auf erhebliche Schwierigkeiten stossen. Indes ist Binding[30]) zuzugeben, dass es sich meist um ein sogenanntes Kollektivdelikt handeln wird. Nicht aber ist erforderlich, dass der Lebensunterhalt auf dem gewerbsmässigen Treiben basiert ist.[31]) Auch der Millionär, der jene Absicht beim Spiel hat, ist ein gewerbsmässiger Glücksspieler — dies auch dann, wenn er etwa nur spielt, um mit den durch das Spiel erworbenen Geldern wieder zu spielen. Denn wer spielt, „um Mittel zum Weiterspielen zu haben, um sich ein bares Betriebskapital zu erhalten, und ist sein Spiel fortgesetzt von solcher Absicht beherrscht, so spielt er in der Absicht, durch das Spiel zu erwerben; sein Wille geht dann dahin, das Spiel als fortgesetzte Erwerbstätigkeit auszuüben und er macht aus dem Spiel ein Gewerbe."[32]) Vorliegen muss aber immer eine fortgesetzte Absicht des Erwerbes, die Häufigkeit des Spielens, die Art der Verwendung der Gewinne ist unerheblich. Keinesfalls genügt die Absicht, im einzelnen Fall Vorteil zu ziehen,[33]) zur Annahme der Gewerbsmässigkeit. Denn der Erwerb durch das Spiel besteht ja stets aus Vermögensvorteilen, nur sind sie nicht

---

[28]) Rechtsprechung I., S. 655.

[29]) So hat auch das Reichsgericht entschieden; vgl. Rechtsprechung IV., S. 281; VII., S. 541. Entscheid. I., S. 120.

[30]) Binding, S. 408.

[31]) Vgl. v. Lilienthal, S. 26.

[32]) Entscheid. XXXIII., S. 240.

[33]) Entscheid. XII., S. 391.

immer als gewerbsmäsige, dem Erwerbswillen entsprungene anzusehen. Daher ist auch nicht zur Annahme der Gewerbsmässigkeit die Absicht ausreichend, zu gewinnen. Allerdings wird der gewerbsmässige Spieler diesen Willen stets haben müssen, von Gewinnsucht beseelt sein, da er nur dann seinen Erwerb in dem Spiel finden wird, wenn er gewinnt.[34]) Allein diesen Willen haben viele Spieler. Wäre dieses Motiv ausreichend, so müsste man jeden, der sich mit der Absicht zu gewinnen, an einem Glücksspiele beteiligt, als gewerbsmässigen Spieler ansehen. „Die Unrichtigkeit dieser Auffassung ergibt sich aus dem Begriff der Gewerbsmässigkeit.“[35]) Das Reichsgericht hat daher mit Recht in dem soeben citierten Urteil angenommen, dass die Gewinnsucht keineswegs den Bestimmungsgrund zu bilden brauche. Sie liegt allerdings beim gewerbsmässigen Glücksspieler immer vor, allein daraus lassen sich keine weiteren Schlüsse ziehen. Negativ lässt sich nur sagen, dass derjenige, der das Spiel nur betreibt, um seiner Leidenschaft zu frönen, ohne Rücksicht auf Gewinn und Verlust, nie ein gewerbsmässiger Spieler sein kann; „denn aus dieser Sachlage ist notwendig zu folgern, dass der Betreffende den Erwerbswillen nicht gehabt hat.“[36])

Erfordert also das gewerbsmässige Glücksspiel die Absicht des Spielers, bei dem Spiel zu gewinnen, eigenen Erwerb zu finden, so geht daraus hervor, dass nur der aus dem Spiel ein Gewerbe machen kann, auf dessen Rechnung das Spiel geht, dessen Erwerb von den Chancen des Spieles unmittelbar abhängt.[37]) Daraus folgt, dass der Vorstand eines Rennvereins, der einen Totalisator unterhält, nicht wegen gewerbsmässigen Glücksspiels bestraft werden kann; denn infolge der geschilderten Besonderheiten der Totalisatoreinrichtung hängt der Erwerb des Vereins keineswegs von den Chancen des Spieles ab. Daher ist auch nicht jeder Buchmacher durch den § 284 bedroht, nämlich derjenige nicht, der lediglich Wetten vermittelt und sich mit einem Unternehmergewinn, einer Provision für

---

[34]) Vgl. Olshausen, S. 1180 — Rönnberg, S. 85.

[35]) Rechtsprechung VII., S. 543.

[36]) Rechtsprechung VIII., S. 721.

[37]) Vgl. Olshausen, S. 1180 — ferner Entscheid; XIV., S. 28; XLII; 70: „Er muss Vertragspartei des Vertrages sein, sonst spielt er nicht.“

diese Wettvermittelung begnügt. Ja, er treibt dann nicht einmal gewerbsmässiges Glücksspiel, wenn er diese Vorteile nur unter der Bedingung erhält, dass sein Auftraggeber gewinnt. Denn er nimmt nur mittelbar an den Chancen des Spiels teil.[38]) „Eine mittelbare Teilnahme aber an dem Glücksspiele anderer, d. h. ein vermögensrechtliches Interesse an einem solchen genügt für den Tatbestand des § 284 selbst dann nicht, wenn dieses Interesse durch Vermittelung des Glücksspieles entsteht.“[39]) Daher kann auch nicht derjenige, der gewerbsmässige Glücksspiele veranstaltet oder hält, aus § 284 bestraft werden, ebensowenig, wer wie der Kroupier Hilfe leistet.[40]) Wer aber ein gewerbsmässiger Spieler ist, den kann auch die polizeiliche Genehmigung nicht von der Strafe des § 284 befreien, wie auch mehrfach das Reichsgericht[41]) sowie eine Reihe juristischer Schriftsteller[42]) ausgesprochen haben, denn die polizeiliche Genehmigung kann sich überhaupt nur gemäss § 360, Zif. 14 auf das Halten von Glücksspielen beziehen; wird sie, wenn auch irrtümlich, weitergehend erteilt, so liegt eine Ueberschreitung der polizeilichen Befugnisse vor, aus der Exkulpationsgründe nicht abgeleitet werden können. Daher würde es nur einen unwirksamen Irrtum über die Bedeutung des Strafgesetzes darstellen, wenn der Angeklagte seine Handlungsweise mit Rücksicht auf die erwirkte polizeiliche Genehmigung als straflos angesehen hätte. Stenglein[43]) zieht nun aus dem Wortlaut des § 284 den Schluss, dass der Gesetzgeber nicht nur den bestrafen will, der gewerbsmässig spielt, sondern auch den, der aus dem Spiele anderer gewerbsmässig einen Gewinn zieht. Mit dieser Folgerung ist er aber gerade dem Wortlaut nicht gerecht geworden, denn aus ihm kann nur gefolgert werden, dass a u s dem

---

[38]) Strafbar ist seine Handlungsweise unter Umständen allerdings gemäss § 6 des RG. betr. die Wetten bei öffentl. veranstalt. Pferderen. vom 4. VII. 1905.

[39]) Entscheid. XLII., S. 70—71.

[40]) Vgl. Entscheid. XIV., S. 28 ff.; XXIX., S. 376 ff. — Frank, S. 477.

[41]) Z. B. Rechtsprechung VII., S. 17 ff.; Entscheid. XXIX., S. 376 ff.

[42]) Frank, S. 477 — Meyer-Allfeld, S. 505 — Olshausen, S. 1181 — Thomsen, S. 424. A. M. Binding, S. 407 — Geyer, S. 74 — Hälschner, S. 446.

[43]) Stenglein, S. 140 ff. sowie Rüdorff-Stenglein, S. 650.

Spiele in gewerbsmässiger Art, d. h. abhängig von dessen Chancen, wie wir dies oben bereits aus einem andern Gerichtspunkt als notwendig bezeichnet haben, ein Gewinn gezogen werden muss, dass also der Täter den Erwerb aus eigenem Spiel ziehen muss.

Was den Beweis der Gewerbsmässigkeit des Glücksspiels anbelangt, so ist in der Literatur die Frage aufgeworfen worden, ob verjährte, abgeurteilte und bestrafte Fälle diesem Zweck dienen können. Nach Dochow[44]) unterliegt es keinem Bedenken, bereits verjährte Verbrechen heranzuziehen. Olshausen[45]) bejaht die Frage. Nach Kriegsmann[46]) dürfen zur Ueberführung des Täters auch bereits verjährte, unvollendete, straflose Spielhandlungen herangezogen werden, doch reiche ihr Nachweis allein zur Verurteilung nicht aus. Wir schliessen uns Bindings trefflich begründeter Ansicht an: Was die Verjährung betrifft, so kann sie nur soweit in Frage kommen, als der zurückliegende Fall oder die Fallreihe losgelöst von den späteren Fällen ein Verbrechen dargestellt haben würde. Dann aber ist aus dem Grundgedanken der Strafklagen-Verjährung ihre Berücksichtigung schlechterdings ausgeschlossen: denn sie sind nach der Rechtsauffassung unbeweisbar geworden. Was aber die Wirkung des Urteils anbelangt, so ist zuzugeben, dass der abgeurteilte Fall zum Beweis der Gewerbsmässigkeit benutzt werden kann, selbst dann, wenn die Strafe bereits verjährt ist. Dagegen steht, sofern ein bestrafter Fall bereits vorhanden ist, in dem neuen Fall ja gerade zur Untersuchung, ob die Strafe nicht die Absicht der Gewerbsmässigkeit gebrochen hat, und der Gegenbeweis ist nur aus dem Verhalten des Bestraften nach seiner Strafe zu führen.[47]) Soll die Gewerbsmässigkeit nachweisbar sein, so ist erforderlich, dass die Absicht hiervon kundgegeben ist. Dies is aber dann noch nicht der Fall, wenn lediglich Umstände vorhanden sind, aus denen auf den Betrieb des gewerbsmässigen Glücksspiels geschlossen werden kann. „Es muss ein

---

[44]) Dochow, S. 90.
[45]) Olshausen, Vorbestrafungen S. 139—142.
[46]) Kriegsmann, S. 421.
[47]) Vgl. Binding, Handbuch S. 550—551.

Glücksspiel wirklich stattgehabt haben. Ist dies nicht der Fall, so fehlt ein vom Gesetz vorausgesetztes Merkmal."[48])

Erörtert sei noch die Frage, wie der Richter, dem ein des gewerbsmässigen Glücksspieles Angeklagter gegenüber steht, hinsichtlich der einzelnen Fälle, die als festgestellt zu erachten sind, zu verfahren hat. Zur Beantwortung der Frage ist zu beachten, dass das gewerbsmässige Glücksspiel ein Kollektivdelikt ist. Es ist, wie die herrschende Meinung[49]) richtig annimmt, durch die Aufnahme dieses Deliktes in das Strafrecht zugleich die mit diesem Begriff bereits früher verbunden gewesene Ansicht übernommen worden, dass beim Vorliegen der Möglichkeit der Aburteilung mehrerer einzelnen Fälle desselben Täters, die derselben Absicht entsprungen sind, nicht jede einzelne strafbare Handlung mit besonderer Strafe zu belegen und die Einzelstrafen alsdann zu einer Gesamtstrafe zusammenzuziehen sind, sondern dass die einzelnen Handlungen zusammen eine Einheit, hier also das gewerbsmässige Glücksspiel bilden, mithin also auch nur eine Strafe auszusprechen ist. Es verschwinden mithin für das Urteil die Einzelhandlungen als solche, mögen sie auch einzeln betrachtet, für sich bereits den Tatbestand des gewerbsmässigen Glücksspiels erfüllen. Daher ist auch das Urteil des Reichsgerichtes als richtig anzusprechen, dass ein Angeklagter, der von der Anklage des gewerbsmässigen Glücksspiels freigesprochen ist, nicht wegen eines vor dem Tage jenes Freispruches liegenden gleichen Deliktes von neuem verfolgt werden kann.[50])

W a n n ist das D e l i k t v o l l e n d e t? Nicht etwa genügt zur Vollendung, dass alle Vorbereitungen zum Beginne des Spieles getroffen worden sind; vielmehr ist erforderlich, dass ein Mitspieler einen Einsatz gemacht hat und ihn nicht mehr ohne Zustimmung der übrigen Beteiligten zurücknehmen kann. Mit diesem Setzen zu dem Zwecke, damit Gewinn oder Verlust von dem durch Zufall zu bestimmenden Ausgange des Spieles festgestellt werde, ist der Tatbestand des Glücksspiels gegeben; der Setzende versucht nicht zu spielen, wenn er sei-

[48]) Rechtsprechung, III., S. 444.

[49]) Vgl. Binding, Handbuch S. 551 — Hälschner Band I, S. 547 ff. — v. Liszt, S. 238 — Olshausen, S. 340—341 — Oppenhoff, S. 226 — Schwarze, S. 305—306.

[50]) Entscheid. XXVI., S. 299—300.

nen Einsatz macht, sondern er spielt bereits. Freilich muss das Spiel wirklich gewollt sein. Daher hat das Reichsgericht in einem Falle einen Angeklagten freigesprochen, in dem er zwar mit anderen gespielt hat, aber eine ernstliche Absicht, zu gewinnen beziehungsweise die Mitspielenden zum Verluste ihrer Einsätze zu bringen nicht gehabt hat, sondern durch seine Handlungsweise lediglich bezweckt hat, eine andere Person an dem Spiele zu beteiligen, auf deren Geldbeutel es abgesehen war. Die Absicht misslang aber.[51]) Es lagen also nur Vorbereitungshandlungen, höchstens aber ein strafloser Versuch vor. Erforderlich ist eben, dass es bereits zum Spiele gekommen ist, denn es wird die in der Absicht gewerbsmässigen Spiels vorgenommene Tat, nicht die Absicht selbst bestraft.

3. Teilnahme am Vergehen.

Gemäss § 47 StGB. liegt Mittäterschaft dann vor, wenn mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen. Zur Erkennung dieser Merkmale ist notwendig, die Mittäterschaft gleichzeitig von einer anderen Form der Teilnahme, der Beihilfe (§ 49 StGB.) abzugrenzen.

Es liegt ausserhalb des Rahmens dieser Arbeit, auf die hieran anknüpfenden Streitfragen, die Bewertung der objektiven und subjektiven Theorien einzugehen. Wir schliessen uns der uns richtig erscheinenden Ansicht des Reichsgerichts an, wonach Mittäterschaft und Beihilfe sich wesentlich durch die Art des Vorsatzes unterscheiden, der bei der Mittäterschaft auf die Ausführung der Tat als einer eigenen, bei der Beihülfe auf die Unterstützung der Tat eines andern gerichtet sein muss. Aber nur derjenige führt eine Tat aus, der eine Ursache zum Erfolge setzt.[52]) Da die Ausführung eine gemeinschaftliche sein muss, so kann als Mittäter nur bezeichnet werden, der zur Ausführung durch seine Kräfte beiträgt. Das Resultat der Gesamtwirkung aller Mittäter ist also dasjenige, worauf sich der Vorsatz jedes einzelnen als auf sein eigenes, wenngleich nicht durch seine Kräfte allein, sondern durch diese unter Be-

---

[51]) Gerichtspraxis, S. 355.

[52]) Vgl. zu den obigen Ausführungen Binding Grundriss S. 134 ff.; Frank, S. 80 und besonders Entscheid. II., S. 160 ff. sowie XIV., S. 28 ff., speziell S. 29.

nutzung der Kräfte der übrigen zu realisierendes Werk zu richten hat. Dabei kann das Mass der von jedem einzelnen aufgewandten äusserlichen Tätigkeit ein sehr verschiedenes sein und bestimmt insbesondere nicht den Gegensatz zur Beihilfe.

Da nun im § 284 der Umstand, dass aus dem Glücksspiel ein Gewerbe gemacht wird, Tatbestandsmerkmal ist, so muss sowohl beim Mittäter wie beim Gehilfen ein darauf sich richtender Vorsatz vorhanden sein. Es muss deshalb ferner, weil ja der Mittäter die Tat als seine eigene wollen muss, im Falle des § 284 der Mittäter selbst aus dem Glücksspiele ein Gewerbe machen wollen, es genügt nicht der Wille, dass ein anderer dies tut. Dann läge Gehilfenvorsatz vor. Daher ist der Kroupier, der nicht mit seinem eigenen Vermögen den Chancen des Spieles unterliegt, der vielleicht nur Prozente vom Umsatz bekommt, als Gehilfe beim gewerbsmässigen Glücksspiel zu bestrafen. Auf diesem Standpunkt steht auch das Reichsgericht[53]) sowie ihm folgend Binding,[54]) Frank,[55]) Oppenhoff,[56]) Schwarze[57]) und andere Autoren. Ebenso wird als Gehilfe derjenige strafbar, der in anderer Weise als der Kroupier — natürlich immer den entsprechenden Vorsatz vorausgesetzt — beim Spiel tätig ist, ohne selbst die Absicht zu haben, Spielgewinne zu machen; z. B., wer Geld zum Spiele darleiht, wobei es keinen Unterschied macht, ob er es den gewerbsmässigen Spielern selbst darleiht oder einem von deren Mitspielern, sofern er „objektiv dem gewerbsmässigen Spieler dadurch das Weiterspielen ermöglicht und in subjektiver Richtung Kenntnis von dem . . . . Vergehen des Haupttäters hat und im Bewusstsein, damit die Vollbringung dieser Straftat zu fördern, die Handlung begeht.“[58]) Beihilfe kann auch darin gefunden werden, dass ein Gastwirt sein Lokal den Spiellustigen zum gewerbsmässigen Glücksspiel überlässt oder durch Verabreichung von Speisen und Getränken eine lange Spieldauer er-

---

[53]) Entscheid. XIV., S. 28.
[54]) Binding, S. 408.
[55]) Frank, S. 478.
[56]) Oppenhoff, S. 765.
[57]) Schwarze, S. 834.
[58]) Goltdammer LV., S. 232.

möglicht.[59]) Dagegen ist rechtlich gleichgültig, ob der Gehilfe bei seinem Beihilfeakt gewerbsmässig handelte.[60])

Dass Anstiftung zum gewerbsmässigen Glücksspiel möglich ist, bedarf keiner Erörterung.

4. Bestrafung des gewerbsmässigen Glücksspiels.

Als Strafe bestimmt das Gesetz Gefängnis bis zu 2 Jahren, neben der zugleich der Richter nach seinem Willen[61]) eine mit 300 Mark beginnende, im Höchstmasse 6000 Mark betragende Geldstrafe erkennen kann. Als Nebenstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden, für deren Verhängung und Wirkung die Bestimmungen der §§ 32—36 St BG. gelten. Ist der Verurteilte ein Ausländer, so kann ihn die Landespolizeibehörde aus dem Bundesgebiete ausweisen.

Die Strafverfolgung verjährt gemäss § 67, Abs. 2 StGB. in 5 Jahren. Wann aber beginnt die Verjährungsfrist zu laufen? Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass das gewerbsmässige Glücksspiel ein Kollektivdelikt ist, ist die Frage mit dem Reichsgericht dahin zu beantworten: „es beginnt die Verjährung für einen Gewerbsbetrieb nicht vor dessen Aufhören,“[62]) d. h. also erst mit der gänzlichen Beendigung.

Gemäss § 40 StGB. können sowohl die beim Glücksspiel gebrauchten oder dazu bestimmten Gelder als alle andern diesem Zwecke dienenden sowie die durch das Vergehen hervorgebrachten Gegenstände, sofern sie dem Täter oder einem strafbaren Teilnehmer gehören, eingezogen werden. Daher unterliegen z. B. die Gelder, die ein Buchmacher in der Absicht auf den Rennplatz mitbringt, mit ihnen Gewinne an seine Kontrahenten auszuzahlen, der Einziehung,[63]) nicht aber die Einsätze der nicht gewerbsmässigen Kontrahenten.[64]) Die Gewinne der Buchmacher aber sowie jedes gewerbsmässigen Glücksspielers unterliegen nicht der Einziehung, da sie nicht durch die strafbare Handlung hervorgebracht sind. Hervorgebracht sind näm-

---

[59]) Vgl. Rechtsprechung IV., S. 545 — Entscheid. XXXII., S. 353.

[60]) Entscheid. XXXVI., S. 154.

[61]) Natürlich müssen Umstände, welche für die Zumessung auch dieser Strafe bestimmend waren, vorhanden sein. (§ 266, Abs. 3 St P O.)

[62]) Entscheid. VIII., S. 394.

[63]) Entscheid. XXXV., S. 391.

[64]) Frank, S. 478.

lich nur solche Erzeugnisse durch eine strafbare Handlung, die ohne dieselbe nicht existieren würden. Die Gewinne aber, man denke z. B. an Geld, sind völlig unabhängig von dem gewerbsmässigen Glücksspiel hervorgebracht.[65]) Sie könnten nur dann eingezogen werden, wenn festgestellt würde, dass sie zu weiterem gewerbsmässigen Glücksspiel verwandt werden sollen.

IV. Kapitel.

Die Stellung des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch zum § 284.

Der Vorentwurf hält die Bestimmungen der bisherigen Norm im § 299 aufrecht. Dies ist zu begrüssen. Der Gedanke des bisherigen Rechtes, das nicht das Glücksspiel schlechthin zu verbieten ist, sondern nur gewisse Formen desselben, bleibt bestehen. In der Tat wäre ein Verbot jeglichen Glücksspieles infolge der Unmöglichkeit der Durchführung vom politischen Standpunkt aus als verfehlt zu betrachten. Zu einer Aenderung des § 284 war, wie die Begründung zum Vorentwurf hervorhebt, — und zwar richtig hervorhebt, können wir auf Grund unserer Untersuchung sagen, — kein Anlass, da er „den gesetzgeberischen Grundgedanken in glücklicher Weise zum Ausdruck bringt und sich in der Praxis bewährt hat.[1]) Der Ansicht Löwensteins, dass vor allem eine gesetzliche Festlegung des Begriffes Glücksspiel erfolgen müsse,[2]) kann aus zwei Gründen nicht zugestimmt werden. Einmal ist die Praxis bisher zu zufriedenstellender Rechtsprechung gelangt, sodann ist die Frage des Vermögenswertes noch eine so heiss umstrittene, noch so wenig geklärte, dass es verhängnisvoll wäre, wollte der Gesetzgeber bereits in diesem Stadium des Kampfes in den Streit der Wissenschaft eingreifen. Allerdings ist zuzugeben, dass zuweilen Beweisschwierigkeiten entstehen. Allein, so meinen wir mit Kriegsmann,[3]) diesen Schwierigkeiten kann nicht durch gesetzestechnische Kunstgriffe Rechnung ge-

[65]) Vgl. Entscheid. XXXIX., S. 79 — Recht VIII., S. 340.
[1]) Begründung, S. 831.
[2]) Löwenstein, S. 453.
[3]) Kriegsmann, S. 449.

tragen werden: der Tatbestand des § 284 muss jeder Umformung entzogen bleiben, weil seine Fassung aufs glücklichste mit den legislativen Grundgedanken zusammenklingt.

Wenn der Vorentwurf des weiteren in diesen § 299 einen neuen Tatbestand hineinzieht, indem er auch denjenigen bestraft, der aus der Förderung des Glücksspiels ein Gewerbe macht, so ist auch dem zuzustimmen. Denn, wie wir gesehen haben, kann nach geltendem Recht als Gehilfe nur bestraft werden, wer zum gewerbsmässigen Glücksspiel Beihilfe leistet. Dagegen muss straflos bleiben, wer seine Beihilfe lediglich dem Glücksspiel angedeihen lässt, es kann ferner nicht bestraft werden, wer andere anreizt, ihr Glück zu versuchen. Alle diese Personen, und ihre Zahl ist nicht gering, tragen eine ungesunde Spielleidenschaft in weite Kreise, in der Mehrzahl der Fälle leben sie direkt davon. Ein solches Gewerbe ist ein durchaus antisozialer Beruf, droht, schwere Gefahren für eine sichere und auf Arbeit aufgebaute Volkswirtschaft hervorzubringen. Seine energische Bekämpfung würde durch die endgültige Aufnahme der genannten Bestimmung ermöglicht werden. Im Gegensatz zum Vorentwurf halten wir aber die gewerbsmässige Förderung des Glücksspiels für nicht minder gefährlich wie das gewerbsmässige Glücksspiel und befürworten daher, dass die Strafe beider Vergehen die gleiche sei; beide sollten mit Gefängnis bis zu 2 Jahren bedroht sein.

Dieser zweite Tatbestand des § 299 macht § 285 StGB. insoweit überflüssig, als es sich um die gewerbsmässige Verwirklichung des Tatbestandes des § 285 StGB. handelt. Straflos sollen nach dem Vorentwurf Personen bleiben, die nicht gewerbsmässig das Glücksspiel beherbergen. Nun trägt aber gerade das Glücksspiel in öffentlichen Versammlungsorten die Gefahr in sich, Unbeteiligte zum Mitspielen anzureizen; namentlich Unerfahrene werden dadurch leicht zu einer Beteiligung verführt; Betrüger finden hier die leichte Möglichkeit: „Gimpel“ zu fangen. Insofern erscheint es geboten, diese Form der Förderung des Glücksspieles, auch wenn sie nicht gewerbsmässig geschieht, zu bestrafen. Es empfiehlt sich daher, den zweiten Tatbestand des § 299 in einen zweiten Absatz zu bringen und dann dabei auch den erwähnten Punkt zu berücksichtigen:

Die gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher aus der Förderung des Glücksspieles ein Gewerbe macht.

Der Inhaber eines öffentlichen Versammlungsortes, welcher das Glücksspiel daselbst fördert, wird, wenn er kein Gewerbe daraus macht, mit Geldstrafe bis zu 1500 Mk. bestraft.

Was die Bestrafung des gewerbsmässigen Glücksspiels anbelangt, so belässt es der Vorentwurf bei dem bisherigen Strafmass bezüglich der Gefängnisstrafe. Eine besondere Bestimmung über eine daneben zu verhängende Geldstrafe erübrigt sich, da bereits § 36 des Vorentwurfs eine solche bis zur Höhe von 10 000 Mk. zulässt, sofern das Verbrechen oder Vergehen auf Gewinnsucht beruht. Da nun, wie wir gesehen haben, beim gewerbsmässigen Glücksspiel die Gewinnsucht stets vorhanden ist, ist gegen diese Regelung nichts einzuwenden. Durch diese Regelung ermöglicht es der Vorentwurf dem Richter in den Fällen, wo eine Inhaftierung den Angeklagten nicht hart genug trifft, eine empfindlichere Geldstrafe als bisher festzusetzen, andererseits da, wo die zulässige Verhängung der Mindestgeldstrafe von 300 Mk. unter Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse des Angeklagten zu hart erscheint, eine Geldstrafe aber am Platze ist, unter diesen Betrag herunterzugehen.